

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Graduação em Direito

CAROLINE CARVALHO GUIMARÃES

**A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM O
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

BRASÍLIA

2012

CAROLINE CARVALHO GUIMARÃES

**A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM O
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia submetida ao Núcleo de Pesquisa e Monografia, como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

BRASÍLIA

2012

CAROLINE CARVALHO GUIMARÃES

**A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM O
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia submetida ao Núcleo de
Pesquisa e Monografia, como requisito
parcial para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis
Bastos

Brasília, __ de _____ de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

Orientador

Prof. José Carlos Veloso Filho

Examinador

Prof. Humberto Fernandes de Moura

Examinador

RESUMO

Esta monografia versa sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida por Günther Jakobs, que postula o emprego de um Direito Penal diverso do comum para aqueles considerados inimigos (não-pessoas), ou seja, que não oferecem garantias mínimas de um comportamento pessoal. Para Jakobs, esse Direito Penal coexistiria com o Direito Penal do Cidadão. Por meio da análise das características do Direito Penal do Inimigo, este estudo compara as propostas estática e dinâmica de contenção do poder punitivo, bem como relaciona tal teoria com o modelo penal de segurança cidadã, a expansão do Direito Penal, o Direito Penal de terceira velocidade e o Direito Penal do autor. Em seguida, contrapõe o Direito Penal do Inimigo com o garantismo penal e os princípios e direitos fundamentais presentes no Estado Democrático de Direito. Assim, o presente trabalho almeja demonstrar que a construção teórica do Direito Penal do Inimigo deve ser rechaçada, devido a sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Estado Democrático de Direito. Garantismo penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. A NECESSIDADE DE CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO: PROPOSTA ESTÁTICA X DINÂMICA.....	7
1.1. O FUNCIONALISMO SISTÊMICO E A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA.....	7
1.2. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	11
1.3. PROPOSTA ESTÁTICA X DINÂMICA.....	14
2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	22
2.1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O MODELO PENAL DE SEGURANÇA CIDADÃ	22
2.2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL	31
2.3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O DIREITO PENAL DE TERCEIRA VELOCIDADE	38
2.4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O DIREITO PENAL DO AUTOR	39
3. A AFRONTA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO AOS DIREITOS E PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	43
3.1. O GARANTISMO PENAL	43
3.2. OS DIREITOS E OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	45
3.3. O DIREITO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	53
3.4. O DIREITO À IGUALDADE	55
3.5. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	56
3.6. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	60
3.7. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	62
CONCLUSÃO.....	65

REFERÊNCIAS 68

INTRODUÇÃO

Nesta monografia, será analisada a compatibilidade entre a teoria do Direito do Inimigo, proposta por Günter Jakobs, e o Estado Democrático de Direito. Jakobs considera que devem coexistir o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Aquele é direcionado aos cidadãos (pessoas); este, aos inimigos (não-pessoas). Os inimigos são, na visão de Jakobs, os indivíduos que não oferecem garantias de um comportamento pessoal e não obedecem ao ordenamento jurídico. Assim, são fontes de perigo para a sociedade e o Estado e devem ser combatidos.

Nessa construção teórica, o inimigo recebe um tratamento diferenciado do cidadão. Enquanto no Direito Penal do Cidadão, quem comete um crime é sancionado com uma pena e têm seus direitos e garantias assegurados; no Direito Penal do Inimigo, o agente é punido por meio de uma custódia de segurança, e seus direitos e garantias são reduzidos ou até suprimidos.

Para Jakobs, o Direito Penal do Inimigo deve ser legitimado em razão do direito de segurança dos cidadãos e da imprescindibilidade de conservar a configuração do Estado. Entretanto, entende que tal Direito Penal deve ser limitado, para que todo o Direito Penal não se transforme em Direito Penal do Inimigo. Assim, considera que o Direito Penal do Inimigo é coerente com o Estado de Direito.

No capítulo I, serão feitas explanações acerca do funcionalismo sistêmico e da prevenção geral positiva. Ademais, serão demonstradas as características do Direito Penal do Inimigo. Por fim, será realizada uma comparação entre as propostas estática – Direito Penal do Inimigo – e dinâmica de contenção do poder punitivo.

No capítulo II, serão verificadas as relações entre o modelo penal de segurança cidadã, a expansão do Direito Penal, o Direito Penal de terceira velocidade e o Direito Penal do autor e o Direito Penal do Inimigo.

No capítulo III, a construção teórica do Direito Penal do Inimigo será examinada sob o ponto de vista do garantismo penal e dos princípios e direitos inerentes ao Estado Democrático de Direito, como o direito à presunção de inocência, o direito à igualdade, o princípio da legalidade, o princípio da proporcionalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, serão relatados alguns casos de adoção do Direito Penal do Inimigo por Estados Democráticos de Direito.

1. A NECESSIDADE DE CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO: PROPOSTA ESTÁTICA X DINÂMICA

Günter Jakobs, professor de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Alemanha, abordou pela primeira vez o tema Direito Penal do Inimigo, em 1985, de maneira ampla, ao versar sobre delitos econômicos, relacionados ao Direito Penal da colocação em risco. Em 1999, discorreu sobre tal fenômeno focado nos crimes graves praticados contra bens jurídicos individuais, como o terrorismo. Nessas ocasiões, a visão de Jakobs sobre o Direito Penal do Inimigo era crítica e simplesmente descritiva. No entanto, atualmente, esse teórico passou a adotar uma postura legitimadora, sendo que propõe a coexistência de dois polos distintos dentro do Direito Penal: um destinado ao cidadão – Direito Penal do Cidadão – e outro ao inimigo – Direito Penal do Inimigo, sendo que esse posicionamento está cada vez mais em evidência entre os estudiosos e profissionais do direito, principalmente após os ataques terroristas ao *World Trade Center*, em Nova York, Estados Unidos. Jakobs considera que o Direito Penal do Inimigo é legítimo em um Estado de Direito. Entrementes, é importante compreender se tal construção teórica realmente pode ser incorporada nos ordenamentos jurídicos de países democráticos (MÉLIA, 2010; MORAES, 2010; PRITTWITZ, 2004).

1.1. O FUNCIONALISMO SISTÊMICO E A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

Primeiramente, para que seja compreendida a proposta de Jakobs, é necessário entender o funcionalismo sistêmico e a prevenção geral positiva, pois foi a partir dessas proposições que tal autor concebeu a ideia de Direito Penal do Inimigo.

No Estado pós-moderno, a presença dos riscos modernos, os quais surgiram após o processo de globalização, geraram uma sensação de medo e insegurança na sociedade, o que culminou na criação do Direito Penal do risco. Tal teoria pode ser caracterizada pela adoção de medidas expansivas voltadas à criminalidade organizada, ao tráfico de entorpecentes, ao terrorismo e à corrupção, e pela preocupação com a segurança pública, e não com os interesses individuais. Nesse contexto de transição entre o Direito Penal da sociedade industrial e o Direito Penal da sociedade de risco, em que o ideal de igualdade é sobreposto pelo de segurança,

Luhmann propôs a adoção da teoria dos sistemas, empregada por Jakobs para fundamentar a metodologia funcionalista e a função preventivo-integradora da pena (MORAES, 2010).

Diante da complexidade e contingência da sociedade pós-moderna, Luhmann apresenta a teoria dos sistemas autopoieticos. A complexidade e a contingência são, para Luhmann, decorrentes, respectivamente, da existência contínua de mais possibilidades do que o seu potencial de concretização e do perigo de desapontamento e da necessidade de assumir riscos. Na construção da teoria dos sistemas, Luhmann substituiu a ideia de sistema aberto/fechado pela noção de autopoiese (auto-referência) (MORAES, 2010).

A teoria autopoietica surgiu nas ciências biológicas e foi empregada por Luhmann nas ciências sociais. Inicialmente, essa teoria demonstrava que o circuito interno de todo sistema vivo possui uma integração fechada entre os seus elementos constitutivos, que permite a auto-organização e autoprodução de tais elementos. Haveria, portanto, uma autonomia do sistema, sem a necessidade de relações diretas com outros sistemas. Por meio de uma diferenciação, alcança-se uma noção de identidade/não identidade, que limita o sistema e o ambiente. No entanto, ao interagir com o ambiente, o sistema decodifica as irritações provocadas pelo ambiente e usa as suas interações internas para responder aos ruídos externos. A partir disso, Luhmann trouxe a ideia de autopoiese para as ciências sociais ao empregar o método que visa reduzir a complexidade interna do sistema e, conseqüentemente, aumentar a complexidade externa, para assegurar a convivência racional com essa complexidade (MORAES, 2010).

Luhmann considera que os sistemas são diferenciados funcionalmente, sendo que os subsistemas se encarregam de uma finalidade específica na reprodução da sociedade e do seu meio. Assim, existem o sistema jurídico e o político, por exemplo. Por meio dessa delimitação, cada subsistema terá a noção exata de quais demandas lhe incumbe, o que limita as frustrações (MORAES, 2010).

De acordo com Luhmann, a estrutura do sistema jurídico é caracterizada pelo código operativo lícito/ilícito ou direito/não-direito, sendo que tal sistema só pode utilizar esse código. Assim, não pode interagir com outros sistemas, sob pena de ultrapassar os seus limites operativos e gerar inevitáveis frustrações. Ademais, considera que o código binário é o centro da autopoiese do Direito, pois sustenta a

autonomia funcional e a identidade operacional do sistema jurídico. Os elementos que diferenciam funcionalmente o sistema jurídico são: código binário lícito/ilícito; fechamento operacional do sistema – autopoiese; abertura do sistema ao aprendizado com o ambiente – evolução; diferença entre sistema e meio ambiente e exame minucioso do ambiente (MORAES, 2010).

Quanto ao sistema jurídico idealizado por Luhmann, Moraes (2010, p. 91) afirma:

Nesse esteio, justamente porque complexidade e contingência são elementos cada vez mais característicos da sociedade pós-moderna, desestruturando e dificultando os processos de tomada de decisões no sistema jurídico, Luhmann passou a buscar na Teoria Autopoiética, uma visão ampla e complexa do funcionamento do Direito. Apoiado na auto-observação do sistema jurídico, pretendeu alcançar as formas pelas quais o sistema oculta e neutraliza os 'paradoxos da auto-referência', dando continuidade à sua operacionalidade (fechada) e orientando sua funcionalidade específica de maneira cognitivamente aberta ao ambiente social.

Para a teoria dos sistemas, a função do Direito é propiciar a generalização congruente das expectativas normativas. No caso, essa generalização significa que o sistema jurídico não pode utilizar um critério individual ou subjetivo para ser compreendido; tal congruência compreende a generalização do sistema em três dimensões – temporal (segurança contra as decepções), social (segurança contra o dissenso) e material (segurança contra as incoerências e contradições) – e essas expectativas normativas são as que não estão dispostas à aprendizagem, ou seja, que não se adaptam às frustrações. Portanto, o sistema do Direito deve diminuir a complexidade da sociedade, por meio da generalização de expectativas normativas, para preservar a estabilidade do sistema, sendo que tal redução necessitaria apenas da estrutura do sistema, ou seja, da autopoiese (MORAES, 2010).

Desse modo, de acordo com Luhmann, o Direito é visto como um mecanismo de estabilização social, de institucionalização das expectativas e de orientação das ações (QUEIROZ, 2008). Para a teoria dos sistemas, a norma jurídica tem a finalidade de reproduzir as complexidades das relações vitais da sociedade por meio da formulação abstrata e indeterminada do panorama simbólico da sociedade (MORAES, 2010).

A partir da teoria dos sistemas de Luhmann, Jakobs se tornou adepto do funcionalismo sistêmico, também conhecido como funcionalismo radical. De maneira

geral, o funcionalismo considera que o Direito Penal é um mecanismo que deve assegurar a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos subsistemas (MORAES, 2010).

O funcionalismo sistêmico empregado por Jakobs apresenta as seguintes características inerentes ao pensamento luhmmaniano: vínculo do sistema social com as formas de comunicação e ideia de bem jurídico-penal. Quanto ao primeiro aspecto, Jakobs considera que o Direito se desenvolve na comunicação, e não na consciência individual; que o crime corresponde à falha de comunicação, e que a pena mantém a identidade social. Quanto ao segundo, tal teórico entende que o bem jurídico-penal equivale à imprescindibilidade de proteção da firmeza das expectativas normativas (MORAES, 2010).

Para o funcionalismo radical, o Direito Penal tem a função de estabilizar a sociedade e individualizar o crime como uma disfunção social, para garantir a vigência das normas. Assim, o fato que contraria a validade da norma é tido como danoso socialmente, e não o fato que viola bem jurídico. Ademais, de acordo com essa teoria, o crime pode ser definido como a frustração de expectativas normativas, e a pena como a confirmação contrafática da vigência das normas violadas. Desse modo, quem cometeu um delito é punido porque infringiu a norma de maneira culpável, sendo que a pena imposta funcionará para reestabilizar a lei e, consequentemente, para garantir tal expectativa. Ressalta-se que a culpabilidade do agente, para Jakobs, demonstra a ausência de fidelidade ao Direito, que justificaria a cominação de pena (MORAES, 2010).

O sistema jurídico empregado por Jakobs é altamente abstrato e direcionado a assegurar a integração ou exclusão do indivíduo na estrutura social. Desse modo, o Direito é visto como um instrumento de controle e configuração social, cuja função primordial é conservar as decepções sociais em um nível tolerável. Assim, não caberia ao Direito a resolução dos conflitos de interesses, mas sim a sobrevivência do sistema (CUSSAC, 2007).

Adepto do funcionalismo sistêmico, Jakobs prega a prevenção geral positiva, em que a pena tem a função de validar a norma, ou seja, de mostrar que a norma continua em vigência mesmo após ter sido violada. A pena, nesse caso, atua preventivamente ao manter a norma como esquema de orientação. A prevenção

geral positiva, na verdade, pretende solidificar os valores sociais e assegurar que a sociedade se mantenha como um todo orgânico (MORAES, 2010).

Assim, a norma penal, por meio da aplicação da pena, representa a necessidade funcional/sistêmica de estabilizar as expectativas sociais em caso violação do ordenamento jurídico (QUEIROZ, 2008). Na prevenção geral positiva, a pena apresenta a função de declarar e assegurar valores e regras sociais, além de intensificar sua validade, o que contribui para a integração do grupo social em torno dos cidadãos fiéis à lei e para o regresso da confiança institucional menosprezada pelas violações ao ordenamento jurídico (ANDRADE, 2003).

1.2. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Após essas considerações iniciais, salienta-se que, de acordo com Jakobs (2010), pertencem ao Direito Penal o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. São tipos ideais que, comumente, aparecem misturados, sendo que o primeiro é a regra. Ademais, considera que o Direito Penal do Inimigo não deve ser visto de maneira negativa, pois nele também ocorre a aplicação de regras (JAKOBS, 2010).

Para Jakobs, o Direito Penal do Cidadão se baseia no funcionalismo sistêmico e na prevenção geral positiva. Entretanto, no Direito Penal do Inimigo, tais noções são afastadas, devido à demonstração cognitiva do inimigo de que não irá respeitar as normas. Portanto, o Direito Penal do Inimigo adota a prevenção especial negativa (MORAES, 2010). Nesse caso, a função da pena é a neutralização do criminoso (ANDRADE, 2003).

O Direito Penal do Cidadão é dirigido à pessoa que cometeu um crime, mas que oferece garantias de obediência ao ordenamento jurídico. O Estado a vê como alguém que cometeu um erro e que não delinque de modo persistente por princípio. Já o Direito Penal do Inimigo é destinado ao indivíduo que se autoexcluiu ou que coloca em risco a existência do Estado, ou seja, que se desvia por princípio. O inimigo não é uma pessoa, pois não oferece garantias de um comportamento pessoal. Desse modo, é um perigo para a sociedade (JAKOBS, 2010).

Quanto a esse aspecto, Jakobs (2010, p. 58) afirma:

Assim, a personalidade real, que rege a orientação, não é gerada pelo simples fato de ser postulada, mas sim, ao contrário, devem

concorrer também determinadas condições. Por isso, a proposição “no Direito, todo ser humano tem o direito a ser tratado como pessoa” é incompleta. (...) Em consequência, a formulação correta da proposição é a seguinte: “todo aquele que é fiel ao ordenamento jurídico com certa confiabilidade tem direito a ser tratado como pessoa”, e quem não aplicar esta proposição, será heteroadministrado, o que significa que não será tratado como pessoa.

Por se basear na teoria dos sistemas sociais, Jakobs considera que a pessoa existe em razão de sua relação social. Pessoa é o sujeito que tem responsabilidades. O conceito de pessoa é uma construção social, e não algo posto pela natureza. Por tal razão, nem todo ser humano é pessoa jurídico-penal para Jakobs (MORAES, 2010). Trata-se de uma atribuição resultante da comunicação dentro do sistema social, que dependerá do grau de satisfação das expectativas normativas prestadas pelo indivíduo (RIPOLLÉS, 2005).

De acordo com Jakobs, o indivíduo é um animal inteligente, que pertence à ordem natural, mas que não é necessariamente dotado de pessoalidade. Na visão desse autor, tal característica não é concedida pela natureza, pois se trata de uma elaboração normativa, que pode ou não ser outorgada ao indivíduo. Haveria, portanto, uma distinção entre pessoa (cidadão) e indivíduo ou não-pessoa (inimigo). O primeiro é uma pessoa normativa; o segundo, empírica. Consequentemente, o ser humano não é sujeito de Direito Penal, já que apenas a pessoa o é (CUSSAC, 2007).

A proposta de Jakobs é baseada em Hobbes e Kant, pois ambos também conheceriam um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. Para o primeiro, o delinquente não perde a cidadania assim que comete um crime, exceto nos casos de alta traição, em que o criminoso é considerado inimigo por ter retornado ao estado de natureza. Para o segundo, na passagem do estado de natureza ao estatal, toda pessoa pode obrigar outra a fazer parte da Constituição Cidadã. Assim, é tratado como inimigo quem não quiser participar dela (JAKOBS, 2010).

Por um lado, no Direito Penal do Cidadão, a pessoa que comete um delito recebe como punição uma pena, a qual significa que o crime é irrelevante, pois não afetou a vigência da norma. Por outro, no Direito Penal do Inimigo, a medida aplicada contra o inimigo é a coação – custódia de segurança –, que não denota nada, apenas pretende ser efetiva. Desse modo, as sanções aplicadas cumprem,

respectivamente, as funções de contradição (imposição de dor) e eliminação de perigo (JAKOBS, 2010).

Ademais, o tratamento diferenciado destinado ao inimigo pode ser vislumbrado na coexistência de duas formas de regulação. No caso do cidadão, o Estado aguarda a exteriorização da conduta criminosa para agir. Assim, são puníveis os atos executórios, pois continuam em vigor as regras clássicas do Direito Penal. No caso do inimigo, é necessário que o Estado se antecipe à prática do delito, para combater a periculosidade do autor do crime e preservar o direito de segurança dos cidadãos. Com isso, são puníveis os atos preparatórios (JAKOBS, 2010).

São considerados inimigos, para Jakobs (2010), quem pratica, por exemplo, as seguintes condutas: crimes sexuais, crimes econômicos, crimes relacionados às drogas, crimes organizados, crimes graves e terrorismo. É oportuno destacar que o terrorista é considerado o maior referencial de inimigo, pois ele rechaça a legitimidade do ordenamento jurídico e pretende a destruição de tal ordem. Como, no tratamento dado ao terrorista, a maior preocupação é com a segurança, e não com a vigência da norma, há uma conversão do Direito Penal do Cidadão e da garantia de vigência do ordenamento jurídico em Direito Penal do Inimigo na luta contra o terror (JAKOBS, 2010).

Segundo Jakobs (2010), o Direito Penal do Inimigo é legítimo devido ao direito de segurança dos cidadãos e à necessidade do Estado em manter a sua configuração. No entanto, para ele, o Direito Penal do Inimigo deve ser restringido ao imprescindível, pois nem todo criminoso é um inimigo. Além disso, considera que, em um Estado de Direito, não se pode ter linhas e fragmentos do Direito Penal do Inimigo no Direito Penal geral. Com isso, Jakobs propõe que tal fenômeno seja integrado ao ordenamento jurídico ordinário, mas que seja claramente delimitado, para que não ocorra o entrelaçamento de todo o Direito Penal com pedaços do Direito Penal do Inimigo. Em suma, o Estado deve distinguir o que é dirigido ao inimigo e o que é destinado ao cidadão. Se isso não for feito, o Direito Penal do Inimigo pode contaminar o Direito Penal do Cidadão (JAKOBS, 2010).

Portanto, na visão de Jakobs (2010), o Direito Penal do Inimigo não representa uma afronta ao Estado de Direito, pois só seria se viesse mascarado de Direito Penal do Cidadão ou de processo penal comum.

1.3. PROPOSTA ESTÁTICA X DINÂMICA

É importante compreender, entretanto, se o Direito Penal do Inimigo é realmente compatível com o Estado Democrático de Direito, tal como percebe Jakobs. Tal Estado pode ser definido como a organização política em que o poder advém do povo, que o exerce direta ou indiretamente por meio de representantes, os quais são eleitos em votações livres e periódicas, mediante voto universal, direto e secreto, para o desempenho de um mandato periódico (MENDES et al., 2008).

Salienta-se, primeiramente, que o poder punitivo sempre proporcionou um tratamento penal diferenciado a determinados seres humanos, que eram tidos como entes perigosos. Tal tratamento diferenciado foi legitimado pelas leis e pela doutrina jurídico-penal, apesar de ser próprio do Estado Absoluto, de acordo com a teoria política (ZAFFARONI, 2007).

Diante dessa dialética contínua entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia, a doutrina baseada nos princípios do Estado de Direito deve minorar e restringir o Direito Penal do Inimigo (ZAFFARONI, 2007). Ademais, compete tanto ao jurista prático quanto ao teórico estabelecer o que é coerente ou não com o Estado de Direito e com o Direito (CONDE, 2010).

Não é possível existir uma distinção entre cidadão (pessoa) e inimigo (não-pessoa), pois o Estado não pode privar este da condição de pessoa, que é uma qualidade inerente a todo ser humano (ZAFFARONI, 2007).

Além disso, o Direito Penal do Inimigo não afeta somente as garantias do inimigo, mas de todos os cidadãos. Como não é possível identificar claramente quem é o destinatário do tratamento diferenciado, a investigação policial ou judicial destinada à identificação do inimigo possibilita a limitação das garantias e liberdades de todos pelo Estado, como no caso de investigação de comunicações privadas, e que ocorra a identificação errônea de um cidadão como inimigo (ZAFFARONI, 2007).

Assim, o tratamento diferenciado destinado ao inimigo por meio da priorização do valor segurança implica na despersonalização de toda a sociedade, que se tornaria robotizada, além de gerar maior repressão para todos, o que aproxima o Direito Penal do Inimigo do Estado Absoluto, e não do Estado de Direito (ZAFFARONI, 2007).

Quanto à significativa importância destinada à segurança, salienta-se que a sensação generalizada de insegurança presente nos membros da sociedade, muitas vezes, não reflete a realidade. Desse modo, a segurança dos cidadãos não pode ser alçada ao topo a ponto de permitir a distinção entre pessoas e não-pessoas (COSTA & RODRIGUES, 2008).

O reconhecimento da legitimidade do Direito Penal Inimigo revela o pensamento de que o Direito Penal deve ser invocado para solucionar todos os problemas relacionados à criminalidade. O eficientismo penal é invocado devido à ideia geral de que o Direito Penal deve exercer funções características de outras áreas. Assim, o Direito Penal deixa de configurar a *ultima ratio* e se transforma na *prima ratio* (CALLEGARI & DUTRA, 2007). A aclamação do eficientismo penal é inerente ao Estado autoritário, pois só resulta no aumento das sentenças condenatórias e das prisões cautelares (ZAFFARONI, 2007).

Na tentativa de dar uma resposta punitiva mais rápida e eficaz, o eficientismo penal limita ou diminui as garantias materiais e processuais estabelecidas nas Constituições de países democráticos e nas Convenções Internacionais (CALLEGARI & DUTRA, 2007). No entanto, sabe-se que a adoção de uma política criminal punitiva, tal como o Direito Penal do Inimigo, não reduz a criminalidade, ou seja, não é eficaz (AMARAL, 2010; MELIÁ, 2010; ZAFFARONI, 2007).

Ademais, a diferenciação entre cidadão e inimigo pressupõe a existência de uma guerra, mas não se trata da guerra em um sentido bélico, pois o Direito Penal Militar e de Guerra já trata desse tipo, o que tornaria desnecessário invocar um Direito Penal do Inimigo, mas sim de uma guerra permanente e irregular (ZAFFARONI, 2007). Além do mais, na guerra bélica, os Estados em confronto estão em condições de igualdade entre si, ao contrário do Direito Penal do Inimigo (COSTA & RODRIGUES, 2008).

Na guerra permanente, não há limitações jurídicas, pois ela não respeita os direitos e princípios do Direito Internacional Humanitário, consagrados nos Convênios de Genebra de 1949, que são acatados nas guerras propriamente ditas. Assim, não se pode invocar o cumprimento das limitações penais, pois se trata de uma guerra, nem das limitações do Direito Internacional Humanitário, pois não é uma guerra clássica. A admissão da designação de um inimigo político, como ocorre no Direito Penal do Inimigo, gera uma confusão entre o momento de política e o de

guerra, o que não condiz com o Estado de Direito nem com os princípios do liberalismo político, mas sim com o Estado Absoluto (ZAFFARONI, 2007).

Assim, a teoria do Direito Penal do Inimigo nega o Direito Penal por ser concernente à guerra, que representa justamente o afastamento do Direito (FERRAJOLI, 2007).

Diferentemente da guerra permanente, o Estado de Exceção, previsto nas Constituições democráticas para os casos de crise, é limitado e controlado minuciosamente por tais Constituições (ZAFFARONI, 2007). Portanto, não é necessário um Direito Penal do Inimigo, pois as Constituições Federais já prevêm instrumentos próprios para casos excepcionais, tais como o estado de sítio e a guerra (AMARAL, 2010; CALLEGARI & DUTRA, 2007).

Ademais, a admissão do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico como reação ao perigo que o inimigo representa à existência da sociedade não é possível, pois as condutas delituosas do inimigo não são capazes de destruir o Estado (CALLEGARI & DUTRA, 2007; MELIÁ, 2010). Para tanto, seria imprescindível que o considerado inimigo tivesse uma força bélica e militar extremamente superior à do Estado, o que não se vislumbra (COSTA & RODRIGUES, 2008).

Nota-se, assim, que o Direito Penal do Inimigo representa, na verdade, uma medida de exceção, e não deveria sequer ser intitulado como Direito Penal (MELIÁ, 2010). Assim, a expressão Direito Penal do Cidadão é redundante, pois todo Direito Penal é voltado para o cidadão (AMARAL, 2010; CALLEGARI & DUTRA, 2007; COSTA & RODRIGUES, 2008; MELIÁ, 2010; QUEIROZ, 2008).

Na verdade, o Direito Penal configura a negação do inimigo, por ser um mecanismo pelo qual as relações de convivência saem do estado selvagem e se transportam para o estado civil, em que todos são vistos como pessoas. Assim, a pena repudia a vingança, assim como o Direito nega a guerra. Enquanto o ato de guerra é combatido pela guerra de defesa ou pelo movimento generalizado contra o Estado agressor, o crime é respondido pelo Direito Penal (FERRAJOLI, 2007).

Nas últimas décadas, tem-se observado, na política criminal, a expansão do Direito Penal, que pode ser evidenciada pelo ressurgimento do punitivismo e pelas inúmeras explicações teóricas favoráveis às políticas repressivas, tais como Direito

Penal simbólico, Direito Penal em várias velocidades e Direito Penal do autor (MELIÁ, 2010; MARTÍN, 2007; ZAFFARONI, 2007). Nesse contexto, há duas táticas de delimitação do tratamento diferenciado do inimigo executado pelo poder punitivo e permitido pela legislação: a estática e a dinâmica (ZAFFARONI, 2007).

A proposta de Jakobs é estática, pois admite o tratamento diferenciado destinado ao inimigo de forma limitada e acredita que isso irá conter o Estado de Polícia presente em todo Estado de Direito concreto. Portanto, Jakobs não visa o fim do Estado de Direito, ele considera que a sua tática evitará a contaminação de todo o Direito Penal com fragmentos do Direito Penal do Inimigo (ZAFFARONI, 2007).

Segundo Zaffaroni (2007), Jakobs acerta ao chamar claramente de inimigo o destinatário do tratamento diferenciado. Entretanto, ressalta que sua tática de contenção não é inovadora, pois quase todo o Direito Penal e grande parte da teoria política sempre intencionaram destinar um espaço para o inimigo no Estado de Direito (ZAFFARONI, 2007).

Ademais, Zaffaroni (2007) entende que as teorias políticas utilizados por Jakobs para legitimar o tratamento distinto destinado ao inimigo de Hobbes e Kant são antiliberais e não podem ser consideradas em um Estado de Direito, pois não aceitam o direito de resistência à opressão. Tais teorias concedem a denominação de inimigo a quem exercer tal direito. Hobbes apresenta uma contradição, pois ao mesmo tempo em que seu Estado é excessivamente absoluto, por não admitir que os cidadãos realizem o direito de resistir à opressão, é pouco absoluto por distinguir o foro privado do público ao permitir a liberdade de consciência religiosa e, assim, impedir que o soberano interfira naquele foro (ZAFFARONI, 2007).

Para Zaffaroni (2007), Schmitt, apesar de ter cometido um erro ao defender o nazismo, acertou ao compreender essa contradição na teoria de Hobbes, pois a intromissão do soberano no foro privado dos cidadãos gera o direito de resistir à opressão. Com isso, o soberano retoma a guerra religiosa e, consequentemente, a guerra de todos contra todos. Ademais, salienta que a introdução do inimigo político no ordenamento jurídico de forma limitada incorre na mesma contradição de Hobbes, pois se o Estado extrapolar esse limite, nasce o direito de resistência por parte de quem é considerado inimigo de forma arbitrária (ZAFFARONI, 2007).

Segundo Conde (2010), não se deve esquecer que as ideias dos filósofos referidos por Jakobs para justificar o Direito Penal do Inimigo foram emitidas em um contexto cultural, econômico e social diferente do atual, sendo que são anteriores ao surgimento do Estado de Direito e ao reconhecimento universal dos Direitos Humanos.

Além disso, tal como Zaffaroni, Conde (2010) salienta que Jakobs não propõe nada novo. Para ele, o Direito Penal do Inimigo tem como antecedentes teóricos os autores alemães Von Liszt, Binding e Mezger. Assim, tal fenômeno tem sido defendido desde o final do século XIX, ainda que com nomes e contornos diferentes (CONDE, 2010).

Von Liszt considerava que os inimigos da ordem social, tais como delinquentes habituais, mendigos, prostituídos e alcoólatras, deveriam ser simplesmente inocuizados, ou seja, seriam presos perpétua ou indeterminadamente e submetidos ao trabalho forçado, por representarem um perigo para a ordem social (CONDE, 2010).

Binding admitia que a pena deveria ser utilizada como forma de inocuização no caso de reincidentes, sendo que ela poderia ser agravada até a prisão perpétua ou a pena de morte (CONDE, 2010)

Mezger elaborou um projeto de lei, no fim do regime nacional-socialista e no período de vigência da Segunda Guerra Mundial, destinado aos estranhos à comunidade, como vagabundos, mendigos, delinquentes com inclinação a cometer delitos patrimoniais de escassa gravidade, sujeitos briguentos, delinquentes com tendência a cometer delitos graves e delitos sexuais. A esses destinatários, eram impostas penas de reclusão por tempo indeterminado em campo de concentração, esterilização, castração ou morte (CONDE, 2010).

Além desses teóricos, Schmitt propôs, nos anos 20 do século XX, que o Direito deveria destinar tratamento diferenciado ao inimigo – quem não pertencia à comunidade do povo e quem era considerado pelo nacional-socialismo como ser de raça inferior e sub-humano –, o qual deveria ser excluído juridicamente. Essa ideia foi utilizada por Schmitt principalmente contra os judeus. É notório que a aplicação de tais concepções ideológicas e jurídicas culminou no extermínio de milhões de pessoas durante a Segunda Guerra Mundial na Alemanha e nos países do leste da

Europa. Assim, causa apreensão a legitimação de qualquer proposta que se assemelhe, mesmo que levemente, com essas teorias (CONDE, 2010).

Portanto, o Direito Penal do Inimigo proposto por Jakobs não representa nenhuma novidade, mas sim uma herança de um modo de pensar ocidental baseado no autoritarismo político. Trata-se do renascimento de uma ideia totalitária (CUSSAC, 2007; PRADO, 2011).

Jakobs, por meio de sua proposta estática, erra por não perceber que a admissão do conceito de inimigo político no ordenamento jurídico só é possível em um Estado Absoluto. Ademais, a tática de contenção de Jakobs, ao não considerar que todos são iguais perante a lei e admitir um tratamento diferenciado destinado aos inimigos, contraria o princípio do Estado de Direito ideal, que é essencial como orientador de todo Estado de Direito concreto (ZAFFARONI, 2007).

A limitação imposta por Jakobs ao Direito Penal do Inimigo culmina na restrição dos princípios do Estado de Direito (ZAFFARONI, 2007). Como a definição de quem é inimigo não é concreta, existe um juízo subjetivo na individualização que pode culminar no enquadramento de qualquer pessoa socialmente indesejável como inimigo e no risco de considerar quase todo o Direito Penal como Direito Penal do Inimigo (AMARAL, 2010; CONDE, 2010; ZAFFARONI, 2007).

Além do mais, a admissão do Direito Penal do Inimigo resulta no Direito Penal ilimitado, em que são criminalizadas a dissidência ou o uso de expressões favoráveis às ideias extremistas; são permitidas as penas draconianas, como a pena de morte; são restringidos alguns direitos processuais do inimigo e são admitidos os meios de prova ilícitos, como a tortura (CONDE, 2010).

A proposta de contenção de Jakobs ignora que a realidade é dinâmica. Por isso, só é plausível do ponto de vista estático (ZAFFARONI, 2007). Mesmo que se permita um espaço limitado ao Direito Penal do Inimigo, o Estado de Polícia que integra todo Estado de Direito concreto não irá parar de pulsar (ZAFFARONI, 2007). Assim, o Estado de Polícia vai querer ultrapassar os limites e avançar até chegar ao Estado Absoluto (CONDE, 2010; MELIÁ, 2010; ZAFFARONI, 2007).

A tática dinâmica parte do pressuposto de que todo Estado de Direito contém um Estado de polícia, que está retido, após um longo processo de luta contra o poder absoluto. Por não ter deixado de existir, o Estado de Polícia tenta sempre se

livrar do controle que lhe é imposto. Com isso, há uma dialética contínua entre Estado de Direito e Estado de Polícia (ZAFFARONI, 2007).

O Estado de Direito histórico nunca é igual ao Estado de Direito ideal, em que todos são iguais perante a lei, devido à presença do Estado de Polícia. Para que o Estado de Direito ideal fosse alcançado, seria necessário extinguir o Estado de Polícia e, conseqüentemente, o poder punitivo, o que não é possível. No entanto, o Estado de Direito concreto deve tentar se aproximar ao máximo do modelo do Estado de Direito ideal por meio da contenção do Estado de Polícia realizada pelo poder jurídico. O princípio do Estado de Direito ideal permite que o Estado de Direito histórico encontre seus defeitos e tente corrigi-los (ZAFFARONI, 2007).

O Estado de Polícia busca se livrar da contenção ao agir no Direito Penal, por ser a área mais frágil do Estado de Direito. Portanto, quanto maior for o espaço dado pelas legislações penais ao poder punitivo, menor será a contenção do Estado de Polícia (ZAFFARONI, 2007).

O poder jurídico não consegue conter toda a presença do poder punitivo, devido às suas limitações. Desse modo, cabe ao Direito Penal propor uma contenção que somente aceite a passagem do poder punitivo menos irracional (ZAFFARONI, 2007).

A admissão de um tratamento diferenciado destinado ao inimigo ofende o princípio do Estado de Direito ideal, o que permite o progresso do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, culmina no Estado Absoluto. Assim, o Direito Penal deve ser parcial, no sentido de sempre preservar a existência do Estado de Direito. Portanto, o Direito Penal deve resguardar as garantias e os direitos de todos os cidadãos, em um Estado de Direito, que foram conquistados após um longo processo de contenção do Estado de Polícia (ZAFFARONI, 2007).

Como o Direito Penal do Inimigo cede um espaço ao poder punitivo, ele não pode ser aceito. Caso contrário, significaria permitir o retrocesso depois de um difícil processo de conquista dos direitos e das garantias inalienáveis (CALLEGARI & DUTRA, 2007). A diferenciação entre pessoa (cidadão) e não-pessoa (inimigo) proposta por Jakobs representa um recuo, já que serão readquiridas concepções das culturas antigas sobre os outros, os diferentes, os bárbaros (CUSSAC, 2007).

Na atuação do Estado contra os crimes considerados mais graves – terrorismo, crime organizado e narcotráfico – há uma linha tênue entre o que ainda está dentro dos limites do Estado de Direito e o que os extrapola. Nesse contexto, os Tribunais de mais alto grau, frequentemente, analisam casos em que verificam se foram aplicados procedimentos e leis coerentes com os princípios do Estado de Direito e com os Direitos Humanos. A atual jurisprudência desses Tribunais demonstra que estão sendo anulados os atos que contrariam os princípios e direitos fundamentais do Estado de Direito. Isso revela que um Direito Penal que viole o Estado de Direito não é legítimo e deve ser afastado (CONDE, 2010).

Quanto a esse aspecto, Conde (2010, p. 119) afirma:

Em minha opinião, essa tendência cada vez mais evidente voltada a um direito penal *sui generis*, fora dos parâmetros do Estado de Direito, é um perigo que brota de forma ameaçadora sobre todos os cidadãos em um mundo no qual os limites entre o direito penal do Estado de Direito e o direito penal do inimigo são cada vez mais difusos, e no qual a mais refinada dogmática jurídica pode caminhar paralela e inclusive servir de legitimação à barbárie revestida com a roupagem e o venerável nome do direito.

Portanto, os considerados inimigos não podem receber um tratamento diferenciado. Se cometerem alguma infração penal, devem ser individualizados, presos, processados, julgados e condenados, como acontece com qualquer pessoa, e devem ter assegurados seus direitos e garantias (ZAFFARONI, 2007).

Especificamente quanto ao terrorismo, ele deve ser respondido pelo Direito Penal, e não pela guerra. É preferível a adoção de uma rede de forças policiais que aborde as redes de organizações clandestinas do que o emprego de atos de guerra, que apenas pioram os problemas que procuram solucionar. A finalidade do terrorismo é justamente a provocação de uma guerra. No entanto, é mais eficaz utilizar métodos distintos dos empregados pelos terroristas. Portanto, as agressões provocadas pelo terrorismo devem ser tratadas como crimes, e não como atos de guerra, e a guerra e o Direito Penal do Inimigo não devem ser as soluções empregadas (FERRAJOLI, 2007).

2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O MODELO PENAL DE SEGURANÇA CIDADÃ

Na sociedade pós-moderna, o surgimento de novas demandas, tais como interesses difusos, criminalidade organizada e lavagem de dinheiro, e os avanços tecnológicos do século XXI, sendo essas duas situações decorrentes da globalização, atingiram diretamente o bem-estar individual. Como a sociedade tecnológica, cada vez mais competitiva, deslocou para a marginalidade um elevado número de pessoas, que são vistos pelas demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais, surgiu a chamada sociedade de risco (MORAES, 2010).

Nesse contexto de sociedade de risco, o debate original sobre o Direito Penal advém da constatação de um conjunto de realidades sociais, as quais podem ser resumidas em três grandes blocos. O primeiro se refere à generalização de novos riscos na sociedade moderna, classificados como artificiais e resultantes da utilização de novas tecnologias em diversos âmbitos sociais. Esses riscos são de difícil antecipação e, geralmente, se baseiam nas falhas de conhecimento no manuseio das novas capacidades técnicas (RIPOLLÉS, 2005).

O segundo se reporta à dificuldade de responsabilizar pelos riscos pessoas individuais ou coletivas em razão da ausência de controle sobre tais riscos e à incerteza sobre quem os produz, nos casos em que atividades geradoras de risco se entrecruzam umas com as outras (RIPOLLÉS, 2005).

O terceiro alude ao exacerbado sentimento de insegurança presente na sociedade, que não corresponde à realidade, mas que é engrandecido pela intensa cobertura midiática sobre a criminalidade, pela dificuldade encontrada pelo cidadão comum em entender a rápida alteração tecnológica e se adaptar a ela, e pela visão social geral de que a moderna sociedade tecnológica transforma as relações e os valores sociais e diminui significativamente a solidariedade coletiva (RIPOLLÉS, 2005).

Na sociedade contemporânea, estão cada vez mais presentes os sentimentos de insegurança e medo. Isso gera uma maior preocupação com as novas maneiras de criminalidade, como o crime organizado e o terrorismo. Esse medo da criminalidade proporciona consequências sociais no âmbito individual e coletivo. No

primeiro, percebe-se que as pessoas alteram as suas condutas para evitar que sejam vítimas de um crime, ou seja, são atingidas a qualidade e o estilo de vida dos cidadãos. No segundo, observa-se que o medo acarreta a diminuição das interações sociais, o abandono dos locais públicos e a ruptura do controle social informal (CALLEGARI & WERMUTH, 2010).

Diante desse quadro, há um alarmismo em relação à segurança que culmina no anseio popular pelo aumento da presença e pela eficácia das instâncias de controle social, sendo que o Direito Penal e as instituições do sistema punitivo são declarados como os meios mais aptos a garantir a segurança dos cidadãos (CALLEGARI & WERMUTH, 2010). Desse modo, o Estado usa diversos meios sociais, como a política criminal, para controlar os riscos e diminuir o medo da sociedade (RIPOLLÉS, 2005). Entende-se como política criminal o conjunto de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação penal e dos órgãos responsáveis por sua aplicação (BATISTA, 2004).

Assim, a política criminal voltada para a resolução das necessidades da sociedade de risco apresenta quatro características principais. A primeira é a evidente ampliação dos âmbitos sociais que são objetos da intervenção penal, a qual começou a recair sobre novas realidades sociais problemáticas ou sobre realidades já existentes que se tornaram mais vulneráveis. Desse modo, a intervenção penal passou a incidir sobre os setores de fabricação e distribuição de produtos, meio ambiente, informática, genética e tráfico de drogas, entre outros (RIPOLLÉS, 2005).

A segunda é a notável alteração do alvo da política criminal, que passou a ser a criminalidade dos poderosos, pois estes são os únicos capazes de desenvolver as atividades delitivas características da sociedade de risco (RIPOLLÉS, 2005).

A terceira é o destaque dado à intervenção penal a despeito de outros mecanismos de controle social. Devido à contundência e a capacidade socializadora do Direito Penal, esse ramo é visto como o mais eficaz na prevenção dos crimes relacionados à sociedade de risco. Tal situação, de certa forma, contraria o princípio da subsidiariedade penal (RIPOLLÉS, 2005).

A quarta é a necessidade em adaptar as especiais dificuldades na persecução da nova criminalidade – utilização de novas técnicas delitivas, definição

de quais são os riscos não permitidos e a individualização da responsabilidade – aos conteúdos do Direito Penal e Processual Penal. Isso resulta na reconsideração ou flexibilização do sistema de imputação de responsabilidade e de garantias individuais vigentes (RIPOLLÉS, 2005).

De acordo com Batista (2004), o Direito Penal é legislado para exercer funções concretas dentro de e para uma sociedade que se organizou concretamente de um determinado modo.

Assim, o Direito Penal resultante da sociedade de risco pode ser descrito do seguinte modo: primeiramente, pelo aumento da criminalização de comportamentos por meio da multiplicação de novos bens jurídicos coletivos. Além disso, pela preponderância das estruturas típicas de atividades simples, relacionadas aos crimes de perigo ou de lesão ideal em detrimento das estruturas que impõem um resultado lesivo material. Nessa tendência, os delitos de perigo abstrato se sobrepõem aos de perigo concreto, e os crimes de acúmulo e obstrução de funções de controle são consolidados. Tal situação permite a punição de atos baseada no princípio da precaução. Ademais, pela antecipação da ocasião em que ocorre a intervenção penal mediante a criminalização de atos considerados antes apenas como ilícitos administrativos, civis ou mercantis; generalização da punição de atos preparatórios e criminalização da associação delitiva, quando não for o caso de simples concurso de crimes. Por fim, pelas alterações consideráveis no sistema de imputação de responsabilidade e no conjunto de garantias processuais: menor precisão na descrição dos fatos típicos, utilização frequente de leis penais em branco, flexibilização dos elementos necessários da causalidade ou da culpabilidade, entre outras (RIPOLLÉS, 2005).

Entretanto, houve uma mudança no modelo de intervenção penal, com o surgimento da segurança cidadã. Apesar desse modelo ser equiparado ao discurso da sociedade de risco, são realidades distintas, que apresentam características muito diferentes e até conflitantes. O modelo penal de segurança cidadã não se refere às áreas de riscos tecnológicos, mas sim à criminalidade tradicional. Assim, tal modelo utiliza fenômenos próprios da sociedade de risco para abordar as propostas securitárias, como se fosse um aspecto adicional na manifestação da expansão do Direito Penal ligada à consolidação da moderna sociedade de risco,

sendo que são correntes distintas, que tratam de realidades sociais e perspectivas ideológicas diferentes (RIPOLLÉS, 2005).

O modelo de segurança cidadã considera que a causa essencial da criminalidade tradicional é o abrandamento na repressão e a impunidade da maioria dos quem praticam esses crimes. Desse modo, preconiza que haja o aumento de penas, a supressão das garantias e a procura pelo abandono da impunidade (CALLEGARI & WERMUTH, 2010).

Uma das tentativas de aproximação entre a sociedade de risco e a segurança cidadã é a assertiva de que a criminalidade dos socialmente excluídos representa a perspectiva não tecnológica da sociedade de risco, que justificaria a intervenção penal nesse caso devido à urgência em agir contra a desintegração social e a criminalidade de rua. Assim, também seria necessário focar na persecução da delinquência dos imigrantes, pois isso é exigido pela nova sociedade de risco. Essas situações equiparam o sentimento de insegurança diante dos novos riscos e a sensação de insegurança urbana relacionada ao medo de ser alvo de um crime no exercício das atividades cotidianas. Nesse caso, a inocuização seletiva, aplicada aos criminosos habituais de crimes clássicos, é vista como um meio eficiente para administrar os riscos (RIPOLLÉS, 2005).

Outra iniciativa são as afirmações de que a preponderância adquirida pelos interesses e demandas das vítimas na criação da recente política criminal intervencionista configura uma reação emancipadora das classes sociais menos favorecidas frente à criminalidade dos criminosos; de que os movimentos sociais desempenham um papel impulsor na criminalização das condutas praticadas pelos poderosos; de que a esquerda política se converteu ao credo da segurança cidadã para proteger os setores socialmente desfavorecidos e de que as decisões internacionais e comunitárias voltadas ao combate à delinquência pertencem ao quadro da criminalidade da globalização e, conseqüentemente, da nova criminalidade dos socialmente privilegiados (RIPOLLÉS, 2005).

Tais declarações demonstram a necessidade de se garantir maior coerência às decisões político-criminais relacionadas ao modelo de intervenção penal de segurança cidadã. Primeiramente, a equiparação entre os riscos derivados da utilização de novas tecnologias e os assentados na vida cotidiana supõe igualar duas fontes de riscos totalmente diferentes, por meio da ampliação do termo

semântico 'risco'. Ademais, a interpretação de que o conjunto da nova política criminal expansiva atua como uma corrente emancipadora, que almejaria controlar a criminalidade dos poderosos, é desafortunada. Na verdade, a sociedade, em geral, deseja a atuação vigorosa contra a delinquência clássica, sendo que a preocupação com a atuação contra a criminalidade dos poderosos é secundária (RIPOLLÉS, 2005).

Além disso, no que tange aos movimentos sociais que impulsionam as novas políticas expansivas, é necessário compreender que nem todos desejam o mesmo, uns se esforçam para enfrentar as modernas formas de criminalidades, e outros apenas almejam a manutenção da lei e da ordem. Além do mais, a assertiva de que a esquerda política europeia visa enfrentar a criminalidade dos socialmente privilegiados não se justifica. Por fim, é ilusória a ideia, a visão de que os acordos internacionais e as decisões comunitárias se referem à criminalidade decorrente da globalização, pois se reportam à delinquência clássica – tráfico de drogas, terrorismo, violência sexual, entre outros (RIPOLLÉS, 2005).

Além do conceito de risco, a ideia de expansão também é empregada no debate sobre a modernização do Direito Penal e expressa a noção de que a atenção às novas realidades delitivas sugere a ampliação dos conteúdos do Direito Penal. No entanto, essa expansão não se refere às formas de criminalidades próprias da sociedade de risco, que passam a ocupar um lugar secundário no novo conceito de expansão. Para melhor entender essa troca de perspectiva, é necessário entender uma série de conceitos mediadores. O primeiro se refere à noção de que a expansão deixou de ser extensiva para ser intensiva, que permitiria justificar o aumento da punição de certos crimes clássicos (RIPOLLÉS, 2005).

O segundo se reporta à aceitação, como ponto de partida das novas medidas de intervenção, de uma série de pressupostos, como a consideração da estabilidade das altas taxas de medo do crime, sem perceber que isso pode ser resultado de indução midiática; a aceitação de que a opinião pública é inacessível às tentativas de sensibilização sobre as abordagens racionais para o crime, de maneira que se deve aceitar a adoção de medidas voltadas a acalmar seus medos, apaziguar sua agressividade ou satisfazer seus instintos psicossociais, e a precipitada afirmação de que as estruturas convencionais do Direito Penal para abarcar a criminalidade patrimonial reiterada dos marginalizados são insuficientes e, assim, seria necessário

ampliar as vias punitivas. Ademais, cabe mencionar a atitude resignada ante a alteração do conceito e da prática persecutória da criminalidade organizada e a aceitação generalizada de que as condutas associativas não delitivas, desenvolvidas no campo da marginalização, são a antessala para a criminalidade (RIPOLLÉS, 2005).

Nesse contexto, podem ser identificados três blocos de comportamento contidos na nova expansão securitária. O primeiro diz respeito à criminalidade organizada, que se aproveita das vantagens advindas pela atual sociedade tecnológica, como no caso de lavagem de dinheiro e fraude financeira. No entanto, a intervenção policial se concentra em dois crimes tradicionais – terrorismo e narcotráfico –, que não estão relacionados com a sociedade tecnológica e não são cometidos pelos setores sociais privilegiados da sociedade (RIPOLLÉS, 2005).

O segundo trata da criminalidade grave de natureza violenta ou sexual, ou seja, da delinquência mais tradicional, que afeta bens jurídicos como a vida, a integridade física e a liberdade sexual. Percebe-se que esse grupo se afasta claramente do conceito original de expansão, vinculado à criminalidade da sociedade tecnológica (RIPOLLÉS, 2005).

O terceiro se refere à delinquência da marginalização e da exclusão social – criminalidade patrimonial habitual de pouca monta. Assim, também é observado o distanciamento do conceito original de expansão. Ademais, nesse bloco há uma tendência de estender a intervenção penal, por meio da ideia de periculosidade (RIPOLLÉS, 2005).

Outro aspecto significativo da modificação do modelo de intervenção penal é a ideologia de distribuição ou repartição de riscos entre o indivíduo (quem cometeu ou está em vias de praticar um crime) e a sociedade, sendo que a segurança cidadã não trata dos riscos tecnológicos, como já salientado. Essa ideologia apresenta o pressuposto de que o indivíduo e a sociedade devem compartilhar os riscos do delito de forma razoável. Consequentemente, a sociedade rechaça a ideia de suportar os custos resultantes dos riscos da reincidência. Tais custos deveriam ser passados a quem comete o crime. Essa abordagem gera os seguintes resultados: a sociedade se desobriga de realizar a ressocialização, a inocuidade seletiva é vista como uma opção mais sensata e o princípio jurídico da culpabilidade pelo fato é superado. Por meio dessa ideologia, a sociedade não admite ou restringe a sua responsabilidade

na origem e no controle da criminalidade. Ademais, a ideologia de repartição de riscos se coaduna com a visão geral de que o criminoso decidiu livremente atuar de maneira aproveitadora na convivência social; exime a sociedade de enfrentar a exclusão social e gera um aumento de gastos devido à adoção da inocuização e da revitalização da ideia de periculosidade (RIPOLLÉS, 2005).

Um novo avanço na configuração das bases analíticas do modelo penal da segurança cidadã é a introdução da distinção entre quem merece ou não ser tratado como cidadão em uma comunidade. Foi Jakobs quem formulou, na política criminal moderna, a mais acabada contraposição entre cidadão e indivíduo. Ao delimitar quem é o inimigo, esse teórico utiliza, ainda que ocasionalmente, a retórica da sociedade de risco, mas é claro que se trata de outro contexto. O Direito Penal do Inimigo de Jakobs expressa duas contribuições essenciais ao novo modelo penal de segurança cidadã: a degradação de passar de criminoso a inimigo e a expansão da intervenção penal com base em características pessoais do agente, e não no fato cometido por ele. Trata-se de uma proposta específica para satisfazer as demandas sociais de segurança cidadã (RIPOLLÉS, 2005).

O Direito Penal do Inimigo se baseia na ideia de periculosidade, sendo que, assim, não é necessário esperar a produção de um dano ou o surgimento de um perigo identificável para intervir penalmente. Isso implica na aceitação pela ciência jurídico-penal da chamada expansão securitária, sob o rótulo de legislação de guerra ou de emergência. Por meio dessa expansão, é possível punir atos praticados em fases anteriores e distantes da execução do crime com penas equiparadas às das intervenções posteriores e mais próximas da conduta lesiva ou perigosa, além da generalização e do aumento das penas de prisão, da restrição de obtenção de benefícios penitenciários, do retorno ao cumprimento sucessivo de pena e medida de segurança e do aumento dos internamentos de segurança antes e depois do cumprimento de pena (RIPOLLÉS, 2005).

No âmbito Processual Penal, o Direito Penal do Inimigo permite: a imposição de prisão preventiva de maneira mais frequente, a intervenção de comunicação ou a intromissão em âmbitos privados sem controle judicial ou com controle mais frouxo, o uso generalizado de agentes infiltrados, a prolongação dos períodos de não comunicação, a restrição ao direito de não se autoincriminar, as limitações ao direito

de defesa, a reconsideração da invalidade da prova produzida ilicitamente, entre outras medidas (RIPOLLÉS, 2005).

O Direito Penal do Inimigo apresenta dois motivos, chamados de conjunturais ou de oportunidade. O primeiro se reporta à pressão da sociedade e dos subsistemas do sistema social para que o sistema penal seja eficaz, efetivo e eficiente na luta contra a criminalidade econômica, o terrorismo, o narcotráfico e a criminalidade organizada, bem como às advertências de que o Direito Penal é irrelevante se não se adaptar a essas exigências. O segundo se refere à ideia de que o atendimento a tais demandas impede a contaminação do Direito Penal do Cidadão pelo Direito Penal do Inimigo (RIPOLLÉS, 2005).

O Direito Penal da segurança cidadã pode ser caracterizado como uma opção que privilegia a racionalidade pragmática, ou seja, a eficácia e a efetividade da intervenção penal. Trata-se de um projeto político que consolida as desigualdades sociais e incentiva a exclusão social de certas pessoas. Primeiramente, em razão da visão comunitária da sociedade, que culmina no sumiço de atitudes tolerantes diante de condutas desviantes ou simplesmente não convencionais, normalmente presentes na sociedade aberta e pluralista. Isso gera a uniformidade social e o autoritarismo (RIPOLLÉS, 2005).

Em segundo lugar, devido ao viés classista presente nesse Direito Penal ao tratar de maneira diferenciada os crimes praticados pelos socialmente privilegiados e os cometidos pelos socialmente desfavorecidos e ao transformar a criminalidade tradicional em um fator desestabilizador da ordem política e social de primeira ordem e torná-la objeto central da intervenção penal. Em terceiro lugar, em virtude da restrição das oportunidades vitais dos sujeitos a sua intervenção, ao abandonar qualquer pretensão de aumentar a integridade social deles (RIPOLLÉS, 2005). Portanto, o modelo de Direito Penal baseado na segurança cidadã deixa de procurar a integração social do criminoso para se preocupar com a eliminação deste do tecido social (CALLEGARI & WERMUTH, 2010).

Ademais, a ideia de que o modelo de segurança cidadã é eficaz e efetivo não demonstra resultados para apoiá-la. O Direito Penal consequente da adoção desse modelo se serve de uma política criminal que procura a efetividade em curto prazo, situação bem demonstrada pelo uso da expressão “varrer a delinquência das ruas”. No entanto, não busca a estável realização dos objetivos de tutela perseguidos, o

que afeta a sua efetividade a médio e longo prazo. A admissão de medidas que apenas abordam rapidamente as manifestações delitivas, mas não se preocupam com as causas sociais e políticas que as geraram não são capazes de solucionar o problema da delinquência (RIPOLLÉS, 2005).

Tal busca pela efetividade a curto prazo também gera efeitos devastadores na estrutura de racionalidade do Direito Penal, que deve ser modificada para que o novo modelo de Direito Penal seja empregado, sobretudo no que diz respeito aos princípios de responsabilidade e sanção, por meio da interpretação ampla do princípio da responsabilidade pelo fato, da adaptação do princípio da culpabilidade à ideia de periculosidade, da supressão do monopólio estatal do *ius puniendi*, da acentuação da desigualdade entre as partes processuais e da violação aos princípios da humanidade e da proporcionalidade das penas e da subsidiariedade (RIPOLLÉS, 2005).

Ademais, todo modelo de política criminal que enfatiza a noção de segurança demonstra que a sua prioridade é excluir ou inocuizar uma parcela da população que não possui nenhuma função dentro do atual modelo econômico, o que revela uma revalorização da noção de fragmentação ou separação como justificativa de ordem. Esse modelo de controle se destina aos outros, aos inimigos da sociedade. Portanto, o modelo de segurança cidadã não procura proteger os cidadãos e os seus direitos fundamentais da atuação estatal punitiva, nem prevenir a prática de crimes, mas sim dominar e oprimir as classes economicamente desfavorecidas da sociedade (CALLEGARI & WERMUTH, 2010).

Além do mais, o aumento das condutas tipificadas como crimes e o tratamento mais rigoroso na cominação das penas desejados pelo modelo de segurança cidadã não garantem a solução dos conflitos sociais, apenas denotam que mais pessoas serão presas (CALLEGARI & WERMUTH, 2010).

Além disso, a pretensão de limitar o modelo penal de segurança cidadã não convence. As alegações quanto à excepcionalidade temporal de sua vigência são meros álibis para legitimar tal modelo, e as demandas para que não se ultrapasse certos âmbitos de intervenção são contrariadas pela progressiva expansão dos atos sujeitos ao alcance da segurança cidadã (RIPOLLÉS, 2005).

Diante desse quadro, percebe-se que o modelo penal de segurança cidadã utiliza, parasitariamente, da discussão sobre a sociedade de risco e, singularmente, das propostas que defendem a modernização do Direito Penal. Diante das dificuldades de configuração do Direito Penal moderno, deve-se resistir à tentação de enfatizar em excesso a prevenção geral positiva e de adotar posturas muito abrangentes para os fenômenos simbólicos ou para as funções promocionais do Direito Penal. Aliás, deve-se acreditar na plena compatibilidade entre a modernização e o vigente sistema de garantias penais e processuais penais, o que impede a adoção de propostas que almejem reinterpretar tais garantias (RIPOLLÉS, 2005).

2.2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Para que a questão da política criminal seja bem entendida, é preciso compreender o sistema político e econômico que a produzem e lhe servem de base. Ao contrário da tendência do sistema social centralizado, adotado pelo positivismo, o qual ainda não foi totalmente abandonado pela teoria jurídica, observa-se a adoção do programa descentralizado. Trata-se do programa do neoliberalismo, surgido após a etapa do capitalismo monopolista e vinculado à globalização (TAVARES, 2002).

Com o progresso das reformas neoliberais, ocorridas em razão da globalização, o Estado social foi desarranjado, sendo que foi justamente nesse período que o processo de expansão do Direito Penal ocorreu (CALLEGARI & WERMUTH, 2010).

Na sociedade contemporânea, surgiu uma nova polarização social. De um lado, estão os que originam os riscos. De outro, os que consomem segurança. Nesse contexto, há a exclusão das pessoas que não são funcionais para o modelo produtivo. Na medida em que o Estado procurava se desobrigar de suas atribuições como agente social de bem-estar, apareceu a necessidade de reprimir as condutas transgressoras da ordem praticadas pelos ameaçadores e de garantir a segurança dos demais (CALLEGARI & WERMUTH, 2010).

O programa neoliberal prega a atuação do Estado moderno na proteção da economia de mercado e na redução de sua intervenção, bem como a separação dos aparelhos formais do Estado e a sua apoderação pelos conglomerados econômicos. Desse modo, esse modelo considera que apenas devem ser atribuídas ao setor

público as tarefas que lhe são próprias. O discurso neoliberal procura fundamentar sua atuação para tornar verossímil a noção de que está presente uma nova era, em que os conglomerados e as forças restritas da iniciativa privada serão capazes de ensejar um estado de bem-estar, liberdade e de total controle da criminalidade. No entanto, tal discurso ideológico não equivale à realidade, pois a fiscalização, os investimentos e a interferência na economia, bem como a reforma do Estado e a consolidação dos acordos não evitaram a ocorrência de problemas (TAVARES, 2002).

A política criminal neoliberal se apoia na extensão da repressão penal e na sua propagação. O princípio que a justifica é o da efetividade dos meios e, conseqüentemente, a proteção eficaz contra os perturbadores da ordem econômica e das metas culturais, por meio da adoção de medidas duras de repressão à criminalidade de rua – acréscimo de instrumentos disponíveis aos órgãos da persecução penal – e da privatização dos órgãos de segurança pública (TAVARES, 2002).

Assim, o modelo de política criminal neoliberal apresenta as seguintes características: pertence ao contexto econômico em que as privatizações de ramos estratégicos da aparelhagem pública confundem a separação entre Estado e empresa; estimula a atuação repressiva exageradamente autoritária; dilata a ideia de prevenção ao considerar como criminosas as pessoas que mantêm contato com os investigados ou as suscetíveis de produzir perdas econômicas e instiga a extensão e diversificação das sanções penais e extrapenais (TAVARES, 2002).

A meta do neoliberalismo é o desmonte do Estado, por meio dos programas de desestatização e privatização. O primeiro postula a permissão para que a iniciativa privada administre setores importantes da atividade pública. O segundo representa justamente o exaurimento de todo o processo, em que não apenas se cede a chance de gestão, mas também se vende aquilo que foi obtido e gerido pelo Estado. Salienta-se que o processo de desmonte se relaciona tanto com o exercício prático de teorias econômicas quanto de teorias políticas, pois ambas se referem ao controle social. A desestatização e a privatização formalizam juridicamente e executam uma nova modalidade de legitimação de poder (TAVARES, 2002).

O concreto pensado das teorias econômicas é composto pelo processo empregado tanto na estrutura de controle sobre a produção, circulação e distribuição

de bens quanto nas disposições jurídicas e medidas práticas que fundamentam o poder político. O Estado nunca foi autônomo em relação às forças econômicas e ao poder político dominante. Pelo contrário, sempre foi a representação das forças preponderantes nos âmbitos econômico, jurídico e político (TAVARES, 2002).

O processo de desmonte do Estado é utilizado constantemente como um mecanismo capaz de tornar mais intensa a repressão e o aumento do poder. Assim, a sua utilização não representa uma novidade nem uma revolução do poder. Houve somente uma diversificação histórica e material do poder, sendo que a sua solidificação, acrescida pela desestatização e privatização, legitima um novo modelo de repressão (TAVARES, 2002).

Ao contrário do que se pode deduzir, por meio do desmonte, o Estado não se extingue, mas sim se expande. No âmbito da política criminal, o policiamento, a investigação e a segurança deixam de ser exclusividade dos órgãos públicos e passam a ser incumbência de empresas ou agências privadas. A privatização do Estado pode ser vislumbrada na expansão do poder político simbólico em todas as direções e na distribuição de sua atuação prática com o povo (TAVARES, 2002).

No tocante à repressão, o aumento do poder não é alcançado meramente pela descentralização, mas também é necessária uma justificativa jurídica para legitimar a adoção do modelo neoliberal. Nesse caso, o fundamento utilizado é a eficiência, visualizada tanto no surgimento extenso e aumentado das forças de segurança quanto na intensificação da produção legislativa (TAVARES, 2002).

O uso do processo de desmonte altera as atitudes nas áreas jurídicas e políticas, por meio de medidas de eficácia de natureza legislativa e de manutenção. Após a decadência do Estado assistencial, que ocorreu devido ao processo de descentralização, a eficácia, tida como símbolo político, passou a ser vislumbrada pelo crescimento destacado e desorganizado da legislação e pela mudança na estrutura de suas proposições. Assim, se há uma elevação da criminalidade, a medida utilizada será a criação de uma lei, que aumenta a pena dos crimes mais cometidos ou institui novos tipos penais, e não o emprego de mecanismos materiais para resolver as causas desse acréscimo. Enfim, serão adotadas medidas simbólicas de intimidação ou persuasão (TAVARES, 2002).

A descentralização também ocasiona a alteração dos conteúdos das leis penais, pois, como a repressão passa a ser horizontal, a norma penal se transforma de proibitiva em mandamental. No entanto, a utilização de normas positivas não exprime o abandono do uso das normas negativas (proibitivas), estas ainda são empregadas contra a criminalidade de rua, a criminalidade aberta, que mais importuna e arruína o símbolo do poder. O aumento das penas e a criação de novos crimes comprovam simbolicamente que o Estado detém instrumentos de forças e não é negligente quanto à segurança pública e que os políticos buscam o bem-estar de todos. A admissão das normas mandamentais concretiza a descentralização. Desse modo, o uso de medidas penais alternativas expressa o aumento do poder de punir, e não a sua dissolução, pois representa o ajuste ao novo modelo, o conformismo. Igualmente, há um incremento na legislação dos tipos penais omissivos (TAVARES, 2002).

A descentralização, que caracteriza o modelo neoliberal, precisa de mecanismos de manutenção, sendo que a legislação não é suficiente para tanto. Assim, é necessário que o poder deixe de ser amparado simbolicamente para ser alicerçado materialmente. O neoliberalismo responde às necessidades por meio de medidas simbólicas transformadas em ganhos reais pelos meios de comunicação. No caso da criminalidade de rua, considerada muitas vezes como uma criminalidade alta, perturbadora e organizada, ela é repelida por qualquer meio – escuta telefônica, prisão para averiguação, agente infiltrado, violação de domicílio, entre outros – dentro do âmbito de suposta legalidade fundamentada pelo voto (TAVARES, 2002).

O equilíbrio do modelo neoliberal, no que se refere ao controle social, depende tanto da descentralização das relações sociais, em que estão presentes órgãos estranhos ao poder político, mas incorporados a ele, como o Ministério Público e o Poder Judiciário, quanto da teoria jurídica, que justifica a sua respectiva atuação na persecução criminal e na cominação das sanções penais. Assim, o Direito funciona como um agente garantidor da estabilidade da ordem jurídica, tal como preconiza o funcionalismo. No entanto, com a adoção de tal programa, os conflitos sociais deixam de ser solucionados por meio de instrumentos de atuação real e passam a ser causa para a intensificação da fúria legislativa (TAVARES, 2002).

Quanto a esse aspecto, Tavares (2002, p. 54) afirma:

(...) a criação de novas incriminações se desenvolve na medida em que a ampliação do poder sancionador não possa, por si mesmo, através dos processos de justificação, garantir a estabilidade da norma. Quer dizer, trabalhando-se exclusivamente com o princípio da estabilidade da norma, como fundamento simbólico de poder, o descompasso entre essa pretendida estabilidade e os problemas que a realidade apresenta força necessariamente a adoção de soluções normativas para esses problemas.

Ademais, o modelo neoliberal precisa da individualização da repressão penal, pois é necessário que o controle social seja empregado ampliativamente tanto pela intimidação, por meio da criação de novos tipos penais, quanto pela repressão exercida pela comunidade no caso de cumprimento de penas alternativas. Assim, o crime é essencial ao sistema nesse modelo (TAVARES, 2002).

O emprego do modelo de política criminal neoliberal e de uma ciência jurídica direcionada para a ideia de eficácia originam um sistema jurídico tecnocrático e unilateral, que busca abandonar as propostas de solução estrutural dos problemas sociais e que visualiza seus oponentes como um perigo à estabilidade econômica e política (TAVARES, 2002).

Nota-se, assim, que a expansão do Direito Penal, referendada pelo modelo neoliberal, é percebida pelo surgimento de novos tipos penais nas legislações e pela alteração dos já existentes em um ritmo acelerado; pela flexibilização das regras de imputação e pela relativização dos princípios garantistas (CALLEGARI & DUTRA, 2007; COSTA & RODRIGUES, 2008; MELIÁ, 2010).

Isso ocorre em razão do Direito Penal ser visto como o melhor meio para proteger os bens jurídicos relevantes (COSTA & RODRIGUES, 2008). O Direito Penal simbólico e o ressurgimento do punitivismo são decorrentes dessa política criminal (COSTA & RODRIGUES, 2008; MELIÁ, 2010).

A expansão do Direito Penal apresenta algumas características próprias. A primeira é a identificação e a solidarização da coletividade com as vítimas dos crimes, devido ao medo de ser transformado em uma. Assim, o Direito Penal deixa de ser um mecanismo de defesa dos cidadãos em face do arbítrio estatal punitivo, ou seja, como Carta Magna do criminoso, e passa a ser visto como Carta Magna da vítima. Isso ocasiona um consenso restritivo dos riscos permitidos, pois as pessoas se enxergam como vítimas potenciais de um delito e não admitem que alguns riscos sejam tidos como permitidos. A segunda é a politização do Direito Penal por meio do

uso da ideia de segurança pelos políticos. A terceira é a instrumentalização do Direito Penal, ou seja, a noção de que tal Direito deve impedir que os riscos tornem-se casos reais de perigo. A quarta é o desprezo pelas formalidades e garantias penais e processuais penais inerentes ao Direito Penal liberal (CALLEGARI & WERMUTH, 2010).

O Direito Penal simbólico, em um sentido crítico, se caracteriza pela criminalização de certos fatos que busca apenas obter efeitos meramente simbólicos. Assim, a sociedade terá a impressão de tranquilidade por meio da atuação do legislador que pretende se mostrar atento e decidido, sendo que há uma divergência entre os objetivos utilizados pelo legislador e a agenda real escondida sob os pronunciamentos expressos (MELIÁ, 2010). Tal fenômeno pretende apenas a satisfação da opinião pública (AMARAL, 2010).

O Direito Penal simbólico não se refere a um grupo de crimes, qualificados por sua inaplicabilidade, pelo fato de não incidir realmente na solução, mas sim à especial consideração atribuída pelo legislador às circunstâncias de comunicação política, a curto prazo, na aprovação das leis. Ademais, no Direito Penal simbólico, há a identificação de um fato e, especialmente, de um autor específico, tido como outro, tal como o inimigo (MELIÁ, 2010).

Sobre o Direito Penal simbólico, Meliá (2010, p. 80) afirma:

(...) o Direito Penal simbólico não só implica uma colocação em cena por parte de determinados agentes políticos, mas que, ademais, de certo modo é também a sociedade em seu conjunto a que leva a cabo uma (auto) representação: “nós não somos assim!”.

O Direito Penal simbólico não soluciona a questão da criminalidade, ele somente é utilizado para agradar a opinião pública e a mídia que exigem a tomada de providências pelo Estado para reprimir a criminalidade violenta presente nas grandes cidades (ALMEIDA, 2004).

O retorno ao punitivismo é evidenciado pela criminalização de novos tipos penais e pelo endurecimento dos existentes de forma rápida, o que contraria a tendência de descriminalização. Há um clima punitivista no debate político e uma tendência do legislador em reagir com solidez na luta contra a criminalidade (MELIÁ, 2010). A política criminal punitivista considera que o Direito Penal deve ter uma maior atuação, ou seja, privilegia o Direito Penal Máximo (AMARAL, 2010).

O Direito Penal do Inimigo está relacionado ao movimento da Lei e da Ordem – subgrupo do punitivismo –, que diferencia os membros da sociedade em sadios, que não cometem crimes, e doentes, que praticam condutas delituosas (AMARAL, 2010). O movimento da Lei e da Ordem surgiu nos Estados Unidos e foi colocado em prática pela política norte-americana de Tolerância Zero, que buscou a diminuição dos índices de criminalidade por meio da repressão penal exagerada. Tal movimento somente se preocupa em impor a ordem social pela retirada de todos os segregados que são enquadrados como desviantes (COSTA & RODRIGUES, 2008). Trata-se de um discurso que é decorrente da retirada do Estado da área social, em que o Estado penal se sobrepõe para deter a marginalização social. Assim, o movimento da Lei e da Ordem preconiza a superioridade do Estado em detrimento dos direitos fundamentais dos indivíduos (LOPES JR., 2005).

O Direito Penal simbólico e o retorno ao punitivismo são fenômenos que se relacionam fraternalmente. Aquele identifica certos autores como outros, não integrados na identidade social. Para tanto, precisa dos aspectos vigorosos do punitivismo exagerado. Da junção do Direito Penal simbólico e do punitivismo, apareceu o Direito Penal do Inimigo (MELIÁ, 2010).

Além do mais, essa tendência expansiva do Direito Penal contraria o seu caráter subsidiário. Sob a ótica lógico-sistemática, tal subsidiariedade se perfaz no entendimento de que Direito Penal não institui um sistema de ilícitos autônomos e próprios, mas apenas se restringe a intensificar a proteção dos bens jurídicos fundamentais por meio de sua intervenção. Assim, esse Direito somente trata de forma mais grave uma conduta que já é punida pelo Direito como um todo. Na visão social, significa que o Direito Penal só deve ser adotado quando as outras instâncias de controle social falharem. Desse modo, como o Direito Penal é a maneira mais violenta de interferência do Estado na vida dos cidadãos, ele é residual em relação às outras instâncias de controle social, ou seja, só se deve utilizar o Direito Penal quando tais meios de intervenção não forem suficientes para preservar os bens jurídicos (QUEIROZ, 2008).

A intervenção do Direito Penal deve priorizar os instrumentos primários de prevenção do crime, que se dirigem às causas dos problemas criminais, e não às suas exteriorizações. Para tanto, é necessário que o Estado intervenha de forma subsidiária e consoante o princípio da intervenção mínima. Assim, a criação de

novos crimes e o endurecimento no tratamento dado aos já existentes, empregados no Direito Penal do Inimigo, se opõem a essa visão do Direito Penal, já que apenas se preocupam com as manifestações dos problemas criminais, e não com as suas causas (QUEIROZ, 1998).

2.3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O DIREITO PENAL DE TERCEIRA VELOCIDADE

Silva Sánchez diferencia o ordenamento jurídico-penal em velocidades. O Direito Penal de primeira velocidade é aquele em que são aplicadas penas privativas de liberdade e são conservados os princípios processuais clássicos, as regras de imputação e os princípios político-criminais. O Direito Penal de segunda velocidade é aquele em que são cominadas penas pecuniárias ou restritivas de direito aos novos tipos penais e, devido à menor gravidade das sanções, são flexibilizados os princípios e as regras clássicas. O Direito Penal de terceira velocidade é aquele em que são impostas penas privativas de liberdade e são flexibilizados as regras de imputação e os princípios político-criminais (MELIÁ, 2010).

De acordo com Ripóles (2005), essa terceira velocidade é voltada à delinquência patrimonial profissional, à criminalidade sexual violenta ou reiterada, ao narcotráfico, à criminalidade organizada e ao terrorismo.

Percebe-se, assim, que o Direito Penal de terceira velocidade evidenciado por Sánchez se assemelha ao Direito Penal do Inimigo proposto por Jakobs, que apresenta, como já dito, as seguintes características: antecipação da punibilidade, pois o ponto de vista do ordenamento jurídico-penal é prospectivo, voltado para o fato futuro; as penas cominadas em abstrato são, de forma desproporcional, altas, sendo que o adiantamento da barreira de punição não é observado para diminuir, correspondentemente, a pena aplicada, e certas garantias processuais são mitigadas ou até mesmo retiradas (MELIÁ, 2010).

No entanto, ressalta-se que o Direito Penal de terceira velocidade, ao contrário do Direito Penal do Inimigo, não apresenta como ideia principal a luta contra a periculosidade do indivíduo, apesar de não renunciar a ela. Os motivos determinantes da existência da proposta de Silva Sánchez são a conveniência de reagir firmemente frente aos crimes especialmente graves e a necessidade de garantir a efetividade da persecução penal diante dessas condutas. Assim, o que

explica a adoção do Direito Penal de terceira velocidade é a lesividade marcante de tais crimes, que teria resultado na troca, pela sociedade, de certas dimensões de liberdade pelo reforço da segurança (RIPOLLÉS, 2005).

Apesar disso, o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal de terceira velocidade apresentam estruturas similares, pois ambos propõem a redução das regras estritas de imputação de responsabilidade, a antecipação da intervenção penal por meio de sua atuação em fases prévias à execução do crime, o aumento das penas privativas de liberdade e a eliminação ou redução das garantias penais e processuais (RIPOLLÉS, 2005).

2.4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O DIREITO PENAL DO AUTOR

O sistema punitivo pode se basear no fato cometido ou no autor do delito. Assim, para a doutrina, há um Direito Penal do fato, quando o primeiro elemento prevalece, e um Direito Penal do autor, quando o segundo predomina (MORAES, 2010).

A escola penal clássica, que perdurou de meados do século XIII a meados do século XIX, se preocupava em analisar o fato-crime, e não o criminoso. Para essa escola, o criminoso é alguém que viola, de forma livre e consciente, na posse do livre-arbítrio, a lei penal. O classicismo penal não considerava que quem comete um delito é anormal em relação aos outros membros da sociedade, sendo que a única distinção entre um e outro é o fato. Assim, a escola clássica fixou os limites do Direito Penal do fato, fundado na ideia liberal de livre-arbítrio e responsabilidade moral, em que a imputabilidade e a gravidade objetiva do delito eram consideradas na dosimetria da pena (ANDRADE, 2003).

Já a escola positiva, que surgiu na década de setenta do século XIX, deixou de apreciar a objetividade do fato-crime para centralizar a sua análise na subjetividade do autor-delinquente. Nessa escola, o fato-crime não foi ignorado, mas passou a ser avaliado sob a perspectiva do autor do crime. Desse modo, o programa positivista delimitou um Direito Penal do autor, baseado no determinismo e na responsabilidade social, em que a pena é fixada de acordo com o potencial de periculosidade social do criminoso (ANDRADE, 2003).

No Direito Penal do fato ou do ato, o crime é percebido como um conflito que resulta uma lesão jurídica, realizado por um ato humano como escolha independente

de um ente responsável – pessoa –, o qual pode ser reprovado e ser retribuído na proporção de sua culpabilidade (ZAFFARONI et. al., 2003).

No Direito Penal do autor, o fato corresponde a um sintoma da personalidade. Nele, o que é defeso, arriscado e reprovável é a personalidade do agente, e não o ato. O Direito Penal do autor tanto pode se basear na periculosidade quanto na culpabilidade. No primeiro caso, o sujeito que comete um crime apresenta uma personalidade perigosa, a qual deve ser reparada. Trata-se de uma visão determinista do homem, que concebe a incapacidade do agente de se autodeterminar. No segundo, o sujeito possui uma personalidade direcionada ao crime, que é demonstrada quando ele começa a repetir as condutas que antes eram decididas livremente. Assim, a censura é feita em razão da personalidade que o ato indica. Percebe-se, diante disso, que o direito penal de periculosidade é sempre Direito penal do autor; no entanto, isso não ocorre no Direito Penal de culpabilidade, que pode ser do autor ou do fato (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2009).

Nota-se que, na proposta de Jakobs acerca do Direito Penal do Inimigo, o agente é punido pelo seu modo de vida, e não pelo fato delituoso que cometeu (CALLEGARI & DUTRA, 2007). Nesse modelo, são analisadas a periculosidade, as características e a atitude interna do sujeito, sendo que o agente é punido pelo o que ele é, e não pelo o que ele fez (AMARAL, 2010; COSTA & RODRIGUES, 2008; GOMES, 2005; MÉLIA, 2010). Como não se tem uma definição concreta de quem é o inimigo, o exame se reduz aos predicativos do sujeito (AMARAL, 2010).

O Direito Penal do Inimigo se preocupa com o criminoso, e não com o fato delituoso cometido. Nesse modelo, o que importa é atitude permanente de descaso pela ordem jurídica e a disponibilidade de infringi-la. Assim, o incipiente Direito Penal do autor, que antes era voltado ao criminoso reincidente ou habitual, agora é reforçado pelo aumento dos sujeitos submetidos a esse novo Direito Penal (RIPOLLÉS, 2005).

O Direito Penal do Inimigo não condiz com o princípio liberal do Direito Penal do fato, que retira da responsabilidade penal os simples pensamentos do agente, ou seja, que afasta a aplicação de um Direito Penal que se baseie na atitude interna do autor (MELIÁ, 2010). Ao almejar a supressão de certos grupos de pessoas, o Direito Penal do Inimigo refuta as proposições do Direito Penal do fato e retoma as noções autoritárias do Direito Penal do autor (PRADO, 2011).

O subprincípio da impunidade pelo plano de vida é resultado do princípio da responsabilidade pelo fato cometido e preconiza que apenas podem ser exigidos de um agente os comportamentos concretos, demarcados no tempo e no espaço. Assim, ele não pode ser punido por ter optado por seguir um certo modo de vida (CALLEGARI & MOTTA, 2008).

Além disso, o Direito Penal do Inimigo se baseia na periculosidade do agente, e não na culpabilidade. Tal periculosidade é empregada em um sentido radical, que desconsidera aspectos psicológicos individuais e valoriza a identificação de certos criminosos como responsáveis por boa parte dos delitos, conforme a Teoria da Neutralização Seletiva (AMARAL, 2010).

Percebe-se, assim, que o Direito Penal do autor está presente no Direito Penal do Inimigo (ALENCAR, 2010; AMARAL, 2010; COSTA & RODRIGUES, 2008; GOMES, 2005; MARTÍN, 2007; MELIÁ, 2010; RIPOLLÉS, 2005). No entanto, em uma sociedade moderna, em que se espera algo mais do que a simples liberdade de pensamento, é imprescindível que o fato seja o conteúdo principal do tipo penal, e não o autor. Assim, deve-se privilegiar o Direito Penal do fato em detrimento do Direito Penal do autor (MELIÁ, 2010).

Além do mais, um conceito baseado na periculosidade do agente não deve ser admitido pelo Direito Penal garantista, pois os seres humanos não são padronizáveis (AMARAL, 2010). Em um Estado Democrático de Direito, os cidadãos, em geral, são punidos de acordo com a sua culpabilidade, e não com a sua periculosidade. Portanto, a pena deve reagir frente aos crimes cometidos por autores culpáveis, e não perigosos (MELIÁ, 2010).

Ademais, qualquer que seja o fundamento utilizado pelo Direito Penal do autor – periculosidade ou culpabilidade –, o Direito Penal deve não só reconhecer, mas também respeitar a autonomia moral do homem. Desse modo, não pode punir o interior, o ser de uma pessoa, mas apenas a sua atitude. Caso contrário, se o agente for penalizado pelo modo que ele decidiu ser, seria afrontada a esfera de autodeterminação do homem (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2009).

Além disso, é preferível adotar o Direito Penal do fato em vez do Direito Penal do autor, pois aquele exige que os conflitos se restrinjam aos realizados por ações humanas; que os conflitos sejam delimitados estritamente em lei e que seja adotado

o sistema acusatório, em que as funções de acusação, defesa e julgamento são separadas (ZAFFARONI et. al., 2003).

3. A AFRONTA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO AOS DIREITOS E PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1. O GARANTISMO PENAL

Os axiomas garantistas são proposições prescritivas, pois não retratam o que acontece, mas sim o que deve acontecer. No Direito Penal, as garantias exercem a função de vincular e, assim, deslegitimar o uso absoluto do poder punitivo. O sistema penal é considerado garantista se observar os dez seguintes axiomas ou princípios axiológicos fundamentais: i) *nulla poena sine crimine* — princípio da retributividade; ii) *nullum crimen sine lege* — princípio da legalidade; iii) *nulla lex (poenalis) sine necessitate* — princípio da necessidade; iv) *nulla necessitas sine injuria* — princípio da lesividade; v) *nulla injuria sine actione* — princípio da materialidade; vi) *nulla actio sine culpa* — princípio da culpabilidade; vii) *nulla culpa sine iudicio* — princípio da jurisdicionariedade; viii) *nulla iudicium sine accusatione* — princípio acusatório; ix) *nulla accusatio sine probatione* — princípio do ônus da prova; x) *nulla probatio sine defensione* — princípio do contraditório. Os seis primeiros são garantias penais, enquanto os demais são garantias processuais. A adoção de todos esses axiomas não existe, pois se trata de um modelo tendencialmente satisfável. (FERRAJOLI, 2006).

Os princípios axiológicos fundamentais do garantismo são resultados das ideias jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, em que foram concebidos como limitadores do poder penal absoluto. Em seguida, foram inseridos nas codificações e nas Constituições dos ordenamentos desenvolvidos e, assim, se transformaram em princípios jurídicos do Estado de Direito (FERRAJOLI, 2006).

O termo garantismo pode ser entendido de três formas ligadas entre si. Primeiro, como um modelo normativo de direito, em que é considerado garantista o sistema penal que se coadune com as necessidades do Estado de Direito. Trata-se da adoção do modelo de estrita legalidade, caracterizado pelo poder mínimo, pela finalidade de redução da violência, pela prevalência da liberdade e pela limitação do poder punitivo estatal. Segundo, como uma teoria jurídica crítica, oposta ao positivismo dogmático, que aduz a distinção entre normatividade e realidade. Terceiro, como uma filosofia política, que exige do Direito e do Estado o dever da justificação externa baseada no resguardo dos bens e direitos individuais. Assim,

preconiza a diferenciação entre direito e moral, validade e justiça, ponto de vista interno e externo e ser e dever ser (FERRAJOLI, 2006; PRADO, 2011).

A teoria do garantismo penal almeja a construção de um modelo normativo que atenda às necessidades de um Estado Democrático de Direito, em que a democracia é substancial, e não formal. Tal modelo é visto como um mecanismo de garantia dos direitos fundamentais (PRADO, 2011).

Além disso, o garantismo adota a noção de Direito Penal mínimo, de *ultima ratio*, que se contrapõe ao Direito Penal máximo, de *prima ratio*. O Direito Penal é condicionado e restringido ao máximo e assegura não só o grau máximo de proteção das liberdades dos cidadãos diante do arbítrio punitivo, mas também o ideal de certeza e racionalidade, em que as intervenções do Direito Penal são previsíveis (FERRAJOLI, 2006; PRADO, 2011).

Assim, o garantismo penal é contrário ao Direito de Emergência, que visualiza o Direito Penal e o Processo Penal como meios de proteção do próprio Estado a despeito das garantias e dos direitos individuais (PRADO, 2011).

A teoria do Direito Penal do Inimigo destrói diversas proposições do Direito Penal garantista e liberal, em razão das seguintes características estarem presentes em tal construção teórica: i) adiantamento da punibilidade com o fim de combater o perigo oferecido pelo inimigo, de modo que são punidos os atos anteriores ao cometimento de um crime, inclusive os atos meramente preparatórios, pois basta o agente pertencer a um grupo organizado; ii) aumento excessivo e desproporcional das penas, especialmente ao se observar que a pena não é diminuída nos casos de atos preparatórios; iii) mitigação ou extinção dos direitos e garantias penais e processuais dos inimigos (PRADO, 2011).

Ademais, o garantismo penal preconiza que o Estado não pode ser visto como o único responsável pela concessão dos direitos fundamentais, pois tais direitos poderiam ser tomados dos indivíduos em qualquer tempo. No entanto, o Direito Penal do Inimigo aceita a retirada dos direitos fundamentais ao conceber que os indivíduos podem se autoexcluir da sociedade jurídico-penal (CAETANO, 2010).

Além do mais, o garantismo busca diminuir a violência e aumentar o âmbito de incidência das liberdades, enquanto o Direito Penal do Inimigo procura legitimar e estender as práticas violentas do Estado contra os indivíduos. Tal teoria se aproxima do Direito Penal autoritário, contrário ao Estado de Direito e, conseqüentemente, ao

garantismo penal, por penalizar o modo de vida de alguém, e não seus atos. (CAETANO, 2010).

Percebe-se, assim, que a teoria do Direito Penal do Inimigo representa um risco ao Direito Penal garantista e democrático (CAETANO, 2010)

3.2. OS DIREITOS E OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os direitos fundamentais apresentam um bem específico da pessoa como objeto imediato, enquanto os direitos-garantia, ou seja, as garantias fundamentais são normas que resguardam de forma indireta tais direitos ao restringir o exercício do poder. Assim, as garantias fundamentais instrumentalizam os direitos fundamentais e impõem que o Poder Público os respeite. Trata-se apenas de uma classificação, que não é tão importante na prática, devido ao tratamento igualitário recebido pelos direitos e garantias fundamentais (MENDES et al., 2008).

Os princípios são mandamentos centrais de um sistema, ou seja, são ordens que se propagam e imanam os sistemas de normas (SILVA, 2008). Os princípios constitucionais equivalem a verdadeiras garantias individuais, que desempenham a função de preservar os cidadãos de atos públicos ou privados arbitrários, e não de serem utilizados como pretextos para atitudes excessivas praticadas pelo Estado em nome da segurança coletiva (QUEIROZ, 2008).

O poder do Estado de punir é limitado pelas garantias dos cidadãos e pelos princípios constitucionais. Tal limitação é decorrente da característica de instrumentalidade do Estado e do Direito Penal, já que ambos regulam os conflitos sociais mais intensos (QUEIROZ, 2008).

Para ser legítimo, o Estado Democrático de Direito não pode almejar a efetivação de deliberações absolutas, ou seja, transcendentais, simbólicas ou teocráticas. Na verdade, tal Estado deve ser um instrumento necessário e eficaz para preservar os cidadãos (QUEIROZ, 2008).

A democracia é a forma de governo adequada para assegurar o Estado de Direito. Os direitos fundamentais são justamente a materialização dos ideais democráticos. Portanto, por terem a mesma essência, os direitos fundamentais e a democracia sustentam o Estado de Direito. Nessa perspectiva, o poder punitivo é visto como uma ordem externa necessária para garantir a convivência, que deve respeitar tal modelo. Portanto, os limites intransponíveis de um Direito Penal de um

Estado Democrático de Direito não podem ser ultrapassados nem mesmo em caso de terrorismo (CUSSAC, 2007).

Os direitos fundamentais são inalienáveis, imprescritíveis e invioláveis, sendo que surgiram como forma de reação ao Estado Absoluto. O respeito a esses direitos é essencial em um Estado de Direito, ou seja, um Estado que não reconheça e garanta os direitos fundamentais não é Estado de Direito. Devido à importância de tais direitos, não há justificativa para a supressão dos direitos fundamentais dos considerados inimigos. O Direito Penal do Inimigo contraria os princípios liberais que estão na base do Estado de Direito (CALLEGARI & DUTRA, 2007).

Quanto a esse aspecto, afirmam CALLEGARI & DUTRA (2007, p. 439):

Por mais grave e desumana que tenha a (sic) sido a conduta de um infrator, a ninguém, nem ao Estado é permitido tratá-lo como um ser desprovido dos mais elementares direitos. A partir do momento em que permitirmos essa violação com justificação excepcional estaremos abrindo perigoso precedente para que outras restrições venham a ser feitas, sempre com a justificativa de proteção dos cidadãos.

Assim, os direitos e as garantias fundamentais não podem ser suprimidos, independente de seu destinatário ser ou não um inimigo (CAETANO, 2010).

Em um Estado de Direito, o que se pode debater é o grau de proteção dos direitos e garantias e a solução dos conflitos gerados entre eles, mas não a existência de uma legislação que não se submete aos controles e às garantias constitucionais ou que é própria de situações emergenciais. Desse modo, não é admissível a divisão amigo-inimigo, que transforma em bárbaro sub-humano ou fanático irracional qualquer homem classificado como inimigo (CUSSAC, 2007).

Questões que envolvem os direitos e as liberdades fundamentais podem ser levantadas quando se analisa o Direito Penal do Inimigo. Primeiramente, a proposta de Jakobs não esclarece se o inimigo desfruta de liberdade de expressão e, caso a resposta seja negativa, qual é o limite de tal restrição. Também há dúvida em relação ao cidadão, pois não está claro se ele tem o direito de defender publicamente o inimigo. Ademais, outro assunto interessante diz respeito ao tratamento prisional destinado ao inimigo, ou seja, ao regime de prisão e suas garantias, aos critérios e limites da prisão provisória, à duração máxima da pena privativa de liberdade e aos direitos penitenciários. Além disso, há outros temas envolvidos, como o direito à integridade moral e pessoal; a proibição de tratamento

degradante ou desumano, como a tortura; o direito à intimidade; o direito à inviolabilidade de domicílio, entre outros. No Direito Penal do Inimigo, tais direitos e liberdades podem ser drasticamente diminuídos ou até suprimidos (CUSSAC, 2007).

O Direito Penal do Inimigo defendido por Jakobs opõe-se aos princípios liberais e aos direitos fundamentais presentes nas Constituições de Estados Democráticos de Direito e Declarações internacionais de Direitos Humanos (ALENCAR, 2010).

Diversos países considerados Estados Democráticos de Direito já possuem leis que representam a aplicação do Direito Penal do Inimigo. Por exemplo, na América Latina, alguns países utilizam a classificação de “inimigos” nos casos de tráfico de drogas para possibilitar a atuação das Forças Armadas. Na Espanha, houve um endurecimento no sistema de penas com a reforma do Código Penal em 2003 (CUSSAC, 2007).

Nos Estados Unidos, a manifestação do Direito Penal do Inimigo pode ser percebida pelo: emprego do conceito de “combatente inimigo”; pela situação processual dos presos na base militar de Guantánamo e pelas reformas legais trazidas pelo Ato Patriota (CUSSAC, 2007).

Após os ataques terroristas de 11 de setembro, o Presidente Bush instituiu o estado de emergência nacional e iniciou a chamada *Global War on Terrorism* – guerra global contra o terrorismo (LARANJEIRA, 2009; VERVAELE, 2007). Posteriormente, foi criada a lei conhecida como *USA Patriot Act*, que alterou significativamente quinze leis federais e concedeu poderes executivos às estruturas operativas de controle e aos serviços de inteligência. Por meio desse ato, por exemplo, houve uma extensão das possibilidades de investigação digital sem a necessidade de autorização judicial e foi definido o crime de terrorismo nacional, cujo conceito é bastante amplo (VERVAELE, 2007).

O então Presidente dos Estados Unidos utilizou uma ampla gama de poderes legais, como as prerrogativas duvidosas de renúncia aos estatutos que restringem a autoridade presidencial, de paralisação do emprego de tratados e de classificação do *status* das pessoas presas na guerra contra o terrorismo sem a possibilidade de intervenção do legislativo e do judiciário (LARANJEIRA, 2009).

No dia 13 de novembro de 2001, o então Presidente dos Estados Unidos assinou uma ordem militar que previa o julgamento por meio de juntas militares para os membros da Al-Qaeda. Como Comandante Supremo das Forças Armadas, o Presidente pode impor tal forma de julgamento nos casos de desrespeito às leis de guerra. Apesar de não ter sido realizada uma declaração formal de guerra contra a Al-Qaeda, a Suprema Corte norte-americana entendeu que os Estados Unidos podem estar em um estado de guerra sem que tal declaração tenha sido feita. As atividades praticadas pelos participantes das organizações terroristas foram consideradas como atos de guerra realizados por agressores estrangeiros, e não como crimes. Assim, não se aplicariam a tais casos as regras e os princípios do Direito Processual Penal (VERVAELE, 2007).

Os destinatários da guerra contra o terror foram classificados como combatentes inimigos. A maioria dos processos referentes às pessoas suspeitas de cometer crimes de terrorismo foram transferidos da justiça comum para a militar pelo governo norte-americano. Ademais, após serem considerados combatentes inimigos, podem permanecer em estado de detenção militar enquanto o julgamento não é realizado pela junta militar (VERVAELE, 2007).

Nos julgamentos por juntas militares, um direito especial está presente. Os juízes, o Ministério Público e os advogados fazem parte do exército ou são advogados civis escolhidos pelo governo que seguem as normas do procedimento militar. Tanto o procedimento quanto a formação das comissões podem ser secretos; não se admite o uso do *habeas corpus* e do direito Miranda – direito de permanecer em silêncio; os direitos de defesa são mitigados; as normas probatórias são especiais; o procedimento de apelação não ocorre diante de um Tribunal de Apelação Federal, mas sim perante um órgão colegiado militar, sendo que a decisão final quanto à culpabilidade e à sanção é do Presidente; o processo não é público – as audiências são realizadas de forma secreta; os advogados não conhecem as testemunhas arroladas pela parte contrária e precisam de autorização do Departamento de Defesa para falar com a sociedade; os diálogos entre os advogados e as testemunhas são gravados; qualquer elemento que tenha valor probatório para uma pessoa razoável é reconhecido como prova e a acusação não precisa demonstrar a origem e a maneira de obtenção das provas (VERVAELE, 2007).

O governo Bush enviou os combatentes inimigos para o campo de detenção Guantánamo Bay, em Cuba, com o fim de impedir o acesso dos presos de tal base aos tribunais civis. A ideia era criar uma zona sem lei. Houve, desde a sua abertura, em 11 de janeiro de 2002, até a Ordem Executiva, de 22 de janeiro de 2009, que determinou o fechamento de Guantánamo Bay, uma série de discussões acerca da jurisdição, do *status* dos presos, da legitimidade das comissões militares e das acusações gerais de uso de tortura contra os combatentes inimigos (LARANJEIRA, 2009). Ressalta-se que, apesar da ordem de fechamento de Guantánamo ter sido assinada pelo Presidente Obama em 2009, tal prisão ainda está aberta (NEGRIN, 2012).

Por um longo período, o governo Bush se negou a utilizar o Acordo de Genebra e a reconhecer o *status* de prisioneiro de guerra aos combatentes inimigos. Entretanto, em fevereiro de 2002, certos direitos previstos no Acordo de Genebra foram concedidos aos combatentes do Talibã, mas não aos membros da Al- Qaeda, que permaneceram tendo seus direitos restringidos (VERVAELE, 2007).

A expressão combatente inimigo foi oficialmente conceituada pelo Secretário da Marinha, no dia 29 de julho de 2004, em um memorando. Posteriormente, o Ato de Comissões Militares, de 17 de outubro de 2006, conceituou o combatente inimigo como alguém que se envolveu em algum ato hostil ou que auxiliou materialmente alguma hostilidade contra os Estados Unidos ou seus co-beligerantes, ou considerado como tal pelo Tribunal de Revisão do *status* de combatente ou outro tribunal competente sob a autoridade do Presidente ou do Secretário de Defesa. Antes dessas definições oficiais, o Presidente Bush já utilizava a prerrogativa de Comandante-Chefe das Forças Armadas e classificava de maneira unilateral e discricionária alguém como combatente inimigo e, assim, sujeitava-o à prisão incomunicável, sem o direito à assistência de um advogado e sem a submissão à jurisdição de um tribunal civil. Ressalta-se que o rótulo de combatente inimigo foi abandonado pelo governo de Barack Obama (LARANJEIRA, 2009).

Diante disso, chegaram à Suprema Corte diversos casos questionando os atos adotados pelo Governo norte-americano contra os combatentes inimigos. No caso Hamdi v. Rumsfeld, tal Corte admitiu a definição de combatente inimigo e as prerrogativas do Presidente em razão da *Authorization for Use of Military Force Act*. No entanto, como tal texto não se refere à prisão por tempo indeterminado,

entendeu-se que qualquer cidadão preso nos Estados Unidos como combatente inimigo tem o poder de contestar as razões da prisão diante de um órgão judicial imparcial e que tal garantia deve ser resguardada pelo Tribunal Militar (LARANJEIRA, 2009; VERVAELE, 2007).

No caso *Rumsfeld v. Padilla*, em que se questionava a classificação de Padilla como combatente inimigo e a legitimidade de sua prisão, a Suprema Corte não examinou tais situações, pois considerou que o início do processo na jurisdição de Nova York foi errado, pois a justiça da Carolina do Sul era a competente, por ser o local onde Padilla estava detido. Assim, o caso foi remetido à jurisdição competente. Os advogados de Padilla apresentaram outro pedido de *habeas corpus* perante a Corte distrital de Carolina do Sul, que concedeu tal ordem. No entanto, essa decisão foi revertida pelo Tribunal Federal de Apelações, que permitiu a incomunicabilidade de um combatente inimigo. Entretanto, talvez por temer uma derrota perante a Suprema Corte, a Casa Branca transferiu Padilla para uma prisão federal. Assim, ele foi julgado por um júri federal, após mais de três anos de detenção militar, e foi condenado a uma pena de dezessete anos (LARANJEIRA, 2009; VERVAELE, 2007).

No caso *Rasul e outros v. Estados Unidos*, a Suprema Corte decidiu que a justiça federal dos Estados Unidos é competente para julgar sobre a legalidade das prisões e o uso das garantias constitucionais dos detidos em Guantánamo e que tais presos têm direito ao *habeas corpus* (LARANJEIRA, 2009; VERVAELE, 2007).

No caso *Hamdan v. Rumsfeld*, julgado em junho de 2006, a Suprema Corte considerou que os procedimentos adotados pelas juntas militares violam as leis norte-americanas e o artigo 3º da Convenção de Genebra. Assim, os Estados Unidos devem obedecer ao direito internacional consuetudinário. No caso, decidiu-se que Hamdan deve ser julgado por uma corte constituída regularmente, em que o acusado tem o direito de presenciar o seu julgamento e de saber quais provas foram produzidas contra ele. Posteriormente, o governo Bush admitiu que os combatentes inimigos presos em Guantánamo são prisioneiros de guerra, o que lhes garante os direitos dispostos na Convenção de Genebra e o auxílio da Cruz Vermelha (VERVAELE, 2007).

Paralelamente, a Espanha adotou uma postura diferente da empregada pelos Estados Unidos diante dos ataques terroristas nos trens de Madri, em 11 de março

de 2004. De forma geral, a reação dos países europeus diante do terrorismo se baseia na escolha do sistema de justiça criminal no âmbito de um estrito quadro constitucional e na observância dos direitos humanos (LARANJEIRA, 2009).

No caso da Espanha, o painel, formado por três juízes, absolveu seis dos vinte e nove acusados e condenou os demais, sendo que as penas variaram de três a 43.000 anos. Osman Ahmed Rabei Saied, vulgo Mohamed El egípcio, foi absolvido, apesar de ter sido considerado o diretor da célula jihadista que comandou o ataque terrorista. As partes recorreram, e a Suprema Corte da Espanha absolveu quatro réus que tinham sido condenados e condenou um que foi absolvido anteriormente, bem como manteve a absolvição de Mohamed El egípcio. As decisões da Corte Nacional e da Suprema Corte sofreram críticas das famílias das vítimas e dos partidos políticos envolvidos nas eleições de 2004. Ao se comparar as respostas norte-americana e espanhola diante dos ataques terroristas, nota-se que o julgamento realizado em Madri, mesmo não sendo perfeito, é um modelo de transparência e serenidade. A utilização do sistema de justiça criminal é o melhor instrumento para se lidar com os males do terrorismo, pois os acusados recebem um julgamento justo (LARANJEIRA, 2009).

Ademais, nos Estados Unidos, em 2011, o projeto de lei de política militar, assinado pelo Presidente Obama, excepcionou as garantias constitucionais de acusação formal e julgamento nos casos de suspeitos de terrorismo. Assim, foi concedido aos militares o poder de lidar com terroristas domésticos. Em um julgamento federal, no dia 16 de maio de 2012, a lei, que possibilita a prisão indeterminada de suspeitos de terrorismo em solo norte-americano, foi derrubada, por violar o devido processo legal e a liberdade de expressão. Entendeu-se que os direitos fundamentais não podem ser retirados arbitrariamente de um grupo de pessoas. Dois dias depois, a Câmara votou pela manutenção da detenção indeterminada. Por 238 votos contra 182, foi rejeitada a proposta de emenda do projeto de lei de 2012 que garantia acusação formal e julgamento para qualquer preso nos Estados Unidos e, desse modo, acabava com a exceção (THE NEW YORK TIMES, 2012). Nota-se que se trata de uma lei que representa o emprego do Direito Penal do Inimigo, pois o suspeito de terrorismo é tratado de maneira diversa dos demais presos, sem a observância do devido processo legal.

Percebe-se, desse modo, que os Estados Unidos utilizam um Direito Penal do Inimigo na luta contra o terrorismo (CAETANO, 2010). Esse país adotou o modelo do terrorismo penal, cujo escopo é propagar o terror entre todos os que, comprovadamente ou não, são suspeitos de envolvimento com o terrorismo, bem como humilhar o inimigo que, como uma não-pessoa, não recebe as garantias ordinárias ou as destinadas aos prisioneiros de guerra pelo direito humanitário de guerra (FERRAJOLI, 2007).

No Brasil, a adoção do regime disciplinar diferenciado, previsto no artigo 52 da Lei n. 7.210/84, representa o emprego do Direito Penal do Inimigo. Nesse regime, o preso é submetido ao isolamento, e as visitas são restringidas. Os destinatários são o preso provisório ou o condenado que subvertam a ordem ou a disciplina interna ou sejam suspeitos de envolvimento ou participação em organização criminosa, quadrilha ou bando (BUSATO, 2005; CALLEGARI & MOTTA, 2008).

Percebe-se, nesse caso, que o legislador não demonstrou preocupação com o fato cometido, mas sim com a forma de vida do autor. Se o agente estiver relacionado a um crime de organização criminosa, ele já poderia ser inserido no regime disciplinar diferenciado. Ademais, basta a suspeitar de integrar uma organização, não é imprescindível a prova disso (CALLEGARI & MOTTA, 2008).

O regime disciplinar diferenciado pune o preso pela tendência de vida, o que atinge o princípio da responsabilidade pelo fato, o qual orienta a noção de culpabilidade presente no Direito Penal de um Estado Democrático de Direito (CALLEGARI & MOTTA, 2008).

Com isso, tal regime representa a exclusão do indivíduo e a criação de um sistema alternativo para aqueles que não seguem o estabelecido no contrato social (CALLEGARI & MOTTA, 2008). Por meio dele, há uma distinção entre cidadão e inimigo, pois o regime disciplinar diferenciado expressa o tratamento distinto e desumano destinado a um certo tipo de autor de crime (BUSATO, 2005).

Ressalta-se, ademais, que o Supremo Tribunal Federal, rechaça, em um precedente, o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal simbólico:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "HABEAS CORPUS" - INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO A REGIME DE CUMPRIMENTO PENAL MAIS BRANDO - POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO - RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR

A 08 (OITO) ANOS (CP, ART. 33, § 2º, "b") - ESTIPULAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO - FUNDAMENTAÇÃO BASEADA APENAS NOS ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL, NO RECONHECIMENTO DA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA FORMULAÇÃO DE JUÍZO NEGATIVO EM TORNO DA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - PEDIDO DEFERIDO. - Revela-se inadmissível, na hipótese de condenação a pena não superior a 08 (oito) anos de reclusão, impor, ao sentenciado, em caráter inicial, o regime penal fechado, com base, unicamente, na gravidade objetiva do delito cometido, especialmente se se tratar de réu que ostente bons antecedentes e que seja comprovadamente primário. - **O discurso judicial, que se apóia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime - e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentenciiais meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do "direito penal simbólico" ou, até mesmo, do "direito penal do inimigo" -, culmina por infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso País.** Precedentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. HC 85531 - SP. Segunda Turma. Paciente: Izaque Dantas da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. 22 de março de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494634>. Acesso em: 27 de agosto de 2012). Grifo nosso.

3.3. O DIREITO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência ou de não-culpabilidade impede que o investigado ou acusado sofra as consequências jurídicas de seu ato antes do trânsito em julgado da sentença condenatória criminal (MENDES et. al., 2008).

Como já salientado, o Direito Penal do Inimigo se baseia nas seguintes noções: a segurança coletiva deve ser preservada, e o indivíduo que não apresenta garantias de um comportamento pessoal, em razão de sua periculosidade, mesmo que não externada no cometimento de um crime, deve ser classificado como inimigo. No entanto, há dúvidas se tais ideias condizem com o direito fundamental à presunção de inocência (CUSSAC, 2007).

No âmbito legislativo, o Direito Penal do Inimigo resulta na criação de crimes de suspeita ao instituir legalmente grupos de risco que representam perigo à sociedade e não se importar se já houve o início de uma atividade criminosa. Portanto, o mero fato de pertencer a tal grupo já indicaria a periculosidade do

agente, pois há uma presunção de que haverá um ataque real no futuro. A proposta de Jakobs não deixa claro qual critério deveria ser utilizado pelo legislador para determinar a periculosidade do indivíduo – biológico, psicológico, sociológico, entre outros (CUSSAC, 2007).

Entretanto, não se pode prever, como almeja o Direito Penal do Inimigo, de que modo o ser humano agirá no futuro, pois o homem atua de acordo com juízos de valor e, caso os atos humanos seguissem juízos de periculosidade, não existiria Constituição cidadã (CUSSAC, 2007).

No âmbito judicial, irá ocorrer uma situação semelhante, já que o juiz também deverá atuar com presunções. Ademais, a proposta de Jakobs não precisa a partir de qual momento o suspeito de ser um inimigo passará a ser tratado como tal. Portanto, não se sabe em qual momento processual o juiz irá considerá-lo inimigo e nem quais parâmetros serão utilizados para classificar alguém como inimigo, sendo que tais apontamentos também valem para a polícia e o Ministério Público. Assim, pode-se indagar: a partir de que instante alguém será considerado perigoso sem violar a presunção de inocência, a qual preconiza que todos devem ser considerados inocentes até que seja comprovada a sua culpabilidade? A culpabilidade não pode ser declarada sem que se tenha um juízo de certeza, pois o contrário violaria a dignidade da pessoa humana. Por tal razão vigora a ideia de que, na dúvida, o réu deve ser beneficiado (CUSSAC, 2007).

Outro problema na proposta de Jakobs diz respeito ao direito de defesa do inimigo. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e os Tribunais Constitucionais europeus estabeleceram que as imputações sempre devem se referir a fatos delitivos, sendo que não se pode penalizar uma forma de ser. Portanto, cabe à acusação provar que um fato foi cometido e que tal fato se enquadra em um tipo penal. No Direito Penal do Inimigo, o único fato que existe é o pertencimento a um grupo de risco. Portanto, a defesa se reduziria a esse aspecto. Tal situação não permite que a prova seja produzida com contradição suficiente, como prescreve o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sendo que essa ausência de contradição suficiente tem sido vista como uma restrição inconcebível ao direito de defesa (CUSSAC, 2007).

Resta claro, portanto, que o Direito Penal do Inimigo contraria a presunção de inocência (CUSSAC, 2007; PRADO, 2011).

3.4. O DIREITO À IGUALDADE

O conceito de não-pessoa utilizado para qualificar o inimigo enseja dúvidas sobre a compatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o direito à igualdade e com a proibição de discriminação (CUSSAC, 2007).

O direito à igualdade é fundamental em uma democracia. A Constituição Federal de um Estado Democrático de Direito deve assegurar a igualdade perante a lei, ou seja, na elaboração de uma lei, é preciso reservar tratamento igual para situações idênticas. No âmbito penal, a igualdade reside na aplicação da mesma lei e sistema de sanção para quem praticou o mesmo crime (SILVA, 2008).

A partir de uma perspectiva valorativa da igualdade, nota-se a proibição da desigualdade, ou seja, do tratamento diferenciado não razoável. Com a aceitação do Direito Penal do Inimigo, coexistiriam dois direitos penais, o que, aparentemente, geraria uma desigualdade perante a lei de uns e outros. Além disso, é mais difícil ainda visualizar a compatibilidade do Direito Penal do Inimigo com a vedação à discriminação ou ao tratamento diferenciado sem justificativa. Sabe-se que a igualdade total entre as pessoas é uma meta impossível de ser conquistada, mas o que deve ser almejada é a redução da desigualdade (CUSSAC, 2007).

A construção teórica do Direito Penal do Inimigo não responde qual é a razão para se tratar de maneira diferenciada o cidadão e o inimigo nem qual é o valor superior do ordenamento jurídico que legitima tal diferença. No entanto, ressalta-se que não é cabível existirem leis que discriminem pessoas ou grupos em um Estado Democrático da maneira como o faz o Direito Penal do Inimigo (CUSSAC, 2007).

No Estado Democrático de Direito, o outro deve ter os seus direitos fundamentais resguardados. A democracia impõe que as diferenças sejam aceitas, por piores que sejam. Não se pode almejar a exclusão de alguém em razão dele ter escolhido viver de um modo diverso do estatuído pelas leis. Isso não significa que os crimes devam ser admitidos pelo ordenamento jurídico. No caso de violação aos bens jurídicos mais importantes, o Direito Penal deve ser empregado (AMARAL, 2010).

Ademais, apesar de Jakobs revelar o perfil do inimigo como criminoso econômico, organizado, sexual e terrorista; trata-se de um rol amplo. Desse modo,

sob o argumento de que cometeu um crime grave, qualquer autor pode ser considerado inimigo (AMARAL, 2010).

Devido à ambiguidade da definição de inimigo e à sua natureza volátil e expansiva, facilmente passariam a ser considerados inimigos não só os que pertencem a grupos terroristas e organizações criminais, mas também os que formam os grupos vitimados – toxicômanos, imigrantes, vagabundos, ou até estrangeiros (CUSSAC, 2007). Assim, como há um subjetivismo, provavelmente, os inimigos seriam os socialmente indesejáveis (AMARAL, 2010). Nesse quadro, como, possivelmente, apenas os membros dos grupos sociais menos favorecidos seriam considerados inimigos, ocorreria a discriminação (CUSSAC, 2007).

Portanto, o Direito Penal do Inimigo lesa o direito à igualdade ao tratar de forma diferenciada cidadão e inimigo (AMARAL, 2010; CALLEGARI & DUTRA, 2007; CUSSAC, 2007; PRADO, 2011).

3.5. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade compreende a exclusividade do Poder Legislativo em criar leis penais, sendo que esse princípio é inerente ao Estado de Direito e permite a segurança jurídica e o controle do poder punitivo estatal. Dentro desse princípio, estão presentes: o princípio da reserva legal, o princípio da taxatividade e a irretroatividade da lei mais severa (QUEIROZ, 2008).

A observância do princípio da legalidade é indispensável a partir do momento em que qualquer intervenção punitiva pode atingir algum direito fundamental, como liberdade, honra e intimidade. Desse modo, como a intervenção penal limita certos direitos, ela deve se sujeitar a controles minuciosos (CUSSAC, 2007).

Um deles é a necessidade de previsão legal dos crimes e das penas, sendo que a lei penal deve ser clara e precisa (CUSSAC, 2007). Trata-se do princípio da taxatividade, que prescreve a elaboração de tipos penais claros e precisos e rejeita a criação de tipos penais de conteúdo vago ou obscuro (QUEIROZ, 2008). Sob esse aspecto, a doutrina do Direito Penal do Inimigo não se mostra em conformidade com a taxatividade, devido ao conceito ambíguo de inimigo (CUSSAC, 2007).

A proposta de Jakobs não é clara ao definir quem é o inimigo. Para ser considerado como tal, basta alguém oferecer perigo aos bens jurídicos. Assim, o Direito Penal do Inimigo ofende o princípio da legalidade, pois inúmeras condutas

poderão ser consideradas como criminosas (CALLEGARI & DUTRA, 2007; COSTA & RODRIGUES, 2008).

A definição de quem é o inimigo e o modo como se faz tal classificação são tarefas árduas para a doutrina do Direito Penal do Inimigo. Já se tentou adotar caminhos parecidos com o Direito Penal do Inimigo, como o perfil criminológico, o pertencimento ao grupo de risco, os crimes de suspeita, a periculosidade social e o Direito Penal do autor, que foram duramente rechaçados pela doutrina científica. A incerteza de quem deve ser considerado juridicamente como inimigo surge em razão do emprego das noções de segurança cognitiva e não-pessoas, o que afeta a ideia de segurança jurídica (CUSSAC, 2007).

A noção de segurança jurídica é irrenunciável, tanto por questão de eficácia quanto de princípio. O Direito Penal conhecido atualmente se originou na Ilustração, especificamente desde o anseio por sua humanização. O princípio da legalidade é pressuposto desse modelo e é visto como o princípio dos princípios, pois a partir dele diversos princípios penais que limitam o poder punitivo estatal se desenvolvem. Assim, tais princípios funcionam como garantias dos cidadãos contra o poder público sancionador. Por meio do princípio da legalidade, a sociedade fica ciente de que, em matéria penal, o que não é proibido expressamente, é permitido. Desse modo, o princípio da legalidade representa a própria essência do Estado de Direito (CUSSAC, 2007).

O princípio da legalidade repousa sobre a noção de segurança jurídica, entendida como a possibilidade de prever com exatidão as consequências jurídicas das diversas atitudes. Portanto, seu objetivo é manter a esfera pública independente e autônoma em relação à moralidade individual, o que inclui a demarcação do que o Estado pode punir. Não cabe ao Estado criminalizar qualquer conduta, pois deve se ater ao indispensável para assegurar a coexistência externa dos arbítrios individuais de acordo com a lei geral de liberdade (CUSSAC, 2007).

Ademais, tal princípio prevê a punição legal de tipos de ação, e não de tipos de autor; o reconhecimento dos comportamentos nocivos, e não dos agentes danosos, e o julgamento baseado na prova dos fatos, e não da inquisição sobre pessoas (FERRAJOLI, 2007).

O princípio da legalidade não só limita o uso do poder punitivo do Estado, mas também funciona como uma barreira material a ele, devido à autonomia perante os conceitos morais e religiosos e à restrição de punir apenas as condutas mais intoleráveis da vida social, como entende o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (CUSSAC, 2007).

O princípio da legalidade, que regula as ações humanas por meio de normas, é a fonte do princípio da culpabilidade, pois é possível sancionar determinadas ações humanas. Ademais, o primeiro princípio também origina o princípio da proporcionalidade ou da intervenção mínima ao considerar a pena como um mal necessário para garantir a convivência (CUSSAC, 2007).

Uma das consequências do princípio da legalidade é a necessidade do legislador e do juiz interpretarem a lei penal de maneira restrita. Assim, não se pode generalizar a lei penal. A dificuldade em estabelecer limites claros diminuiu em razão da prática de uma cultura interpretativa. Primeiramente, o legislador é quem deve se observar a taxatividade, que será violada se forem criados tipos penais excessivamente abertos. Em seguida, cabe ao juiz tal tarefa, sendo que lhe é proibido aplicar a lei aos casos não previstos nela (CUSSAC, 2007).

O princípio constitucional de legalidade determina não só a submissão da jurisdição sancionadora às leis que prevêm crimes e cominam penas, devido à segurança jurídica e à legitimidade democrática da intervenção punitiva do Estado, mas também a sujeição estrita, a qual evita a punição de condutas parecidas com as previstas no tipo penal. Portanto, é difícil conceber que o conceito ambíguo de inimigo e a incerta conceituação dos grupos de risco que ensejam a aplicação de um regime excepcional se adaptem ao princípio da legalidade (CUSSAC, 2007).

Como se sabe, a doutrina do Direito Penal do Inimigo prega que o inimigo deve ser punido em razão de sua periculosidade e antes mesmo da exteriorização de qualquer ato criminoso. Além desse aspecto afetar o princípio da taxatividade, também pode ser questionado sob a perspectiva da existência de um fato verdadeiro, da exteriorização de uma conduta. No Direito Penal do Inimigo, a responsabilidade é sem fato ou por fato presumido. Isso revela o retorno ao do Direito Penal do autor e à subjetivação do injusto. A noção de periculosidade *ex ante* ou social, ou seja, anterior ao cometimento de um crime, se fundamenta na ideia de castigo (CUSSAC, 2007).

O Direito Penal do Inimigo pune o inimigo pelo o que ele é, e não pelo o que ele fez. Assim, não importa o cometimento de um crime, mas sim a presença de uma característica determinada baseada em parâmetros puramente potestativos, como o perigoso ou o suspeito, sendo que são utilizados os diagnósticos políticos, e não as provas. Percebe-se, no Direito Penal do Inimigo, a noção de que a justiça deve olhar o acusado em vez do crime; a sua periculosidade em vez de sua responsabilidade e o reconhecimento do inimigo em vez da prova de seu ato criminoso. Com a adoção dessa teoria, o processo deixaria de ser um procedimento que verifica empiricamente as acusações e se transformaria em uma técnica de inquisição sobre a pessoa (FERRAJOLI, 2007).

Consequentemente, a adoção do Direito Penal do Inimigo geraria, por exemplo, as seguintes consequências: adiantamento considerável da linha de intervenção penal ao se basear na periculosidade do agente, sem que haja necessidade de exteriorização de uma conduta criminosa; transferência da imputação pessoal para o mero pertencimento a um grupo organizado – responsabilidade pelo fato presumido – e equivalência entre atos preparatórios e executórios e autoria e participação. Portanto, haveria um afrouxamento das regras de imputação (CUSSAC, 2007).

Ademais, a ideia de que a segurança estatal ou social apresenta um caráter absoluto também origina consequências importantes. A primeira delas se refere às excludentes de ilicitude, pois presume uma alteração considerável no entendimento da legítima defesa, do estado de necessidade, do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito. Isso acontece porque, ao priorizar o valor segurança, o conflito de interesses sempre se dissolve de maneira favorável a esse pensamento. Paralelamente, são alteradas a interpretação e a resolução dos casos de tortura, obtenção de provas corporais, interceptação das comunicações e escuta telefônica. Desse modo, além da interferência direta nas excludentes de ilicitude que preservam direitos fundamentais, também são atingidas as garantias constitucionais do acusado. A segunda consequência da supremacia do valor segurança e do avanço do fundamento de castigo para a noção de periculosidade *ex ante* é o abandono ao dogma do bem jurídico (CUSSAC, 2007).

As consequências relatadas acima se relacionam com o princípio da proporcionalidade. No entanto, também afetam o princípio da legalidade em razão deste ser considerado o princípio dos princípios (CUSSAC, 2007).

Quanto à ligação entre o Direito Penal do Inimigo e o princípio da culpabilidade, basta recordar que a pessoa, a sua personalidade, as suas faculdades, as suas inclinações ou as suas disposições não podem ser julgadas. Toda maneira de ser é igualmente digna de respeito no Direito Penal. Assim, são proibidas as teses apoiadas no caráter ou na condução da vida de alguém (CUSSAC, 2007).

Desse modo, nota-se que a teoria do Direito Penal do Inimigo contraria o princípio da legalidade e da culpabilidade (CALLEGARI & DUTRA, 2007; COSTA & RODRIGUES, 2008; CUSSAC, 2007; PRADO, 2011).

3.6. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, após uma longa evolução, é amplamente visto como a expressão de um modelo constitucional ligado à noção de liberdade e democracia. Assim, tal princípio visa impedir o emprego imoderado das sanções que privam ou limitam a liberdade e, conseqüentemente, restringir o uso das penas ao imprescindível. Além disso, o princípio da proporcionalidade reforça a proibição de conceder às leis penais a atribuição de reger as intenções, de interferir na moralidade dos cidadãos ou de reduzir o livre desenvolvimento da personalidade (CUSSAC, 2007).

Os valores inerentes ao Estado Democrático e a essência dos direitos fundamentais exigem a limitação da intervenção penal. Assim, esses são os fundamentos do princípio da proporcionalidade, que demonstram o *status* constitucional desse princípio. Isso revela que a liberdade é o valor superior de um ordenamento jurídico, o qual só pode ser suprimido devido a razões de peso, e que a dignidade pessoal é reconhecida. O princípio da proporcionalidade impõe a ponderação dos interesses em conflito: por um lado, justifica a imprescindibilidade de resguardar um bem por meio da aplicação de uma pena e, por outro, avalia o efeito dessa restrição sobre o direito fundamental atingido (CUSSAC, 2007).

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo origina outros princípios, que representam a concretização daquele. O primeiro é o princípio da adequação, o

qual exige a adequação entre a sanção e o objetivo de tutelar um certo bem jurídico. O segundo é o princípio da necessidade ou da intervenção mínima, que preconiza o emprego do Direito Penal somente quando os ataques aos bens jurídicos forem graves e intoleráveis. Assim, o Estado deve escolher uma medida que alcance a finalidade de proteger determinado bem jurídico com a menor interferência possível nos direitos individuais. O terceiro é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual alude à classe e quantidade de pena a ser determinada. Por meio desse princípio, o legislador deve procurar o equilíbrio entre a pena cominada em abstrato e a gravidade do crime e o juiz deve, ao aplicar a pena em concreto, observar a gravidade do delito (CUSSAC, 2007).

Assim, há dúvidas se o princípio da proporcionalidade é compatível com as noções de periculosidade *ex ante* – anterior ao cometimento de um fato delituoso – e segurança estatal como valor supremo presentes na teoria do Direito Penal do Inimigo. Em primeiro lugar, é importante considerar o que foi dito anteriormente sobre o princípio da legalidade, especialmente no que tange ao adiantamento generalizado da linha de intervenção penal que a tese do Direito Penal do Inimigo ocasiona. As normas que retiram as liberdades e os direitos fundamentais dos inimigos não parecem coadunar com o princípio da adequação ao fim. A valorização da segurança coletiva, que culmina na retirada de garantias mínimas dos seres humanos, não parece ser uma finalidade constitucionalmente legítima (CUSSAC, 2007).

Em segundo lugar, especificamente quanto ao princípio da necessidade, é preciso verificar se não há outros meios menos impactantes para garantir a preservação da segurança estatal. A resposta será negativa, pois a renúncia aos direitos dos inimigos é absoluta. Ademais, também é questionável a equiparação entre atos preparatórios e executórios e autoria e participação, bem como a transformação da imputação pessoal em mero pertencimento a grupo organizado (CUSSAC, 2007).

Em terceiro lugar, é necessário refletir sobre as consequências jurídicas do emprego da teoria do Direito Penal do Inimigo. Se o pressuposto da responsabilidade penal passa a ser a situação de risco, a periculosidade *ex ante*, o pertencimento a um grupo organizado, a pena é substituída pela medida de segurança pré-delitiva, a qual se torna uma parte primordial do sistema punitivo.

Consequentemente, surgiria a necessidade de antecipação ao ataque e de prevenção. No entanto, com a redescoberta da periculosidade social *ex ante* e da medida de segurança pré-delitiva, ressurge a ideia de pena indeterminada; pois, enquanto permanecer a periculosidade ou a ausência de segurança cognitiva, continuará sendo imprescindível o resguardo da segurança do sistema e, assim, o regime restritivo de direitos do inimigo será mantido, sem limite temporal. Desse modo, a pena terá como função a preservação da segurança coletiva, e não a tutela dos bens jurídicos, e como finalidades o isolamento, a inocuização e a exclusão do perigoso (CUSSAC, 2007).

Ademais, a ressocialização não teria lugar enquanto o inimigo não oferecesse o mínimo de segurança cognitiva, ou seja, enquanto não abandonasse o seu modo de vida e deixasse de figurar como uma fonte de perigo para a segurança dos cidadãos. Quanto a esse aspecto, nota-se o ressurgimento da noção central do crime político clássico, devido à punição das ideias (CUSSAC, 2007).

Entretanto, a maior afronta ao princípio da proporcionalidade se encontra na abnegação ao dogma do bem jurídico. Como, no Direito Penal do Inimigo, a punição de uma conduta não terá como base a lesão a um bem jurídico, mas sim o mero pertencimento a um grupo de risco, a pena também não será consequência de uma infração prévia. A justificativa da punição se transfere para o juízo de periculosidade, em que se faz uma previsão sobre um comportamento futuro hipotético. Portanto, o prognóstico criminal é estruturado na fonte de perigo de um ser humano, na sua periculosidade social *ex ante*. Não se pode fundamentar a restrição de direitos com base em um simples cálculo irracional e não científico sobre um comportamento futuro, como faz a teoria do Direito Penal do Inimigo. Desse modo, não seria imposta uma sanção conforme o Direito (CUSSAC, 2007).

Percebe-se, assim, que o princípio da proporcionalidade é violado pela construção teórica do Direito Penal do Inimigo (CUSSAC, 2007; PRADO, 2011).

3.7. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (QUEIROZ, 2008; SILVA, 2008). Trata-se de um valor supremo que agrega todos os direitos fundamentais dos cidadãos (SILVA, 2008). O significado da dignidade da pessoa humana é amplo, pois engloba desde o respeito

à pessoa como valor em si mesmo até a satisfação das necessidades humanas (MENDES et. al., 2008).

Como dito anteriormente, Jakobs diferencia a pessoa e o indivíduo. Para ele, nem todo indivíduo é uma pessoa, pois é necessário obedecer ao ordenamento jurídico e oferecer as garantias de um comportamento pessoal para obter esta atribuição. Caso não o faça, o indivíduo ou o inimigo será destituído de seus direitos e garantias (PRADO, 2011).

Tal diferenciação, baseada no conceito meramente normativo de pessoa, esbarra na dignidade da pessoa humana. Todo indivíduo apresenta dignidade humana, que é intrínseca ao homem. Trata-se de um atributo ontológico, inerente à espécie humana (PRADO, 2011). Portanto, ao conceder ao inimigo a condição de não-pessoa, o Direito Penal do Inimigo viola o princípio da dignidade da pessoa humana (AMARAL, 2010).

O Direito Penal deve ter no seu centro a pessoa humana (PRADO, 2011). Em uma sociedade democrática aberta, a pessoa aparece em primeiro plano devido à regra ético-jurídica que a transforma em um valor absoluto e determinante de qualquer decisão, ou seja, a pessoa apresenta uma autonomia própria. Desse modo, se ela for atingida, também serão atingidas as bases da própria convivência (BETTIOL, 1977 apud PRADO, 2011).

Entretanto, para Jakobs, a pessoa se submete às regras de imputação jurídico-penal, enquanto o inimigo não se sujeita a tais regras, sendo que não há expectativas normativas sobre esta. Assim, a pessoa deixa de ser sujeito da ordem legal para ser objeto (PRADO, 2011).

O Direito Penal do Inimigo ofende toda Constituição de um Estado Democrático de Direito ao desprezar a realidade da definição de pessoa e transformá-la em um puro mecanismo normativo (PRADO, 2011).

O Direito deve respeitar a dignidade dos homens, como pessoas responsáveis e capazes de se orientar por parâmetros de sentido, valor e verdade. Ao procurar a sua determinação como uma ordem de aspecto compulsório, o Direito deve respeitar o caráter de pessoa do ser humano, que se alicerça na liberdade do homem de optar ou não por seguir seus mandamentos. Desse modo, o Direito Penal do Inimigo não pode ser reconhecido como Direito (PRADO, 2011).

O mero fato de um homem existir implica na necessidade de respeito à dignidade humana, sendo que o uso arbitrário de coação física, presente no Direito Penal do Inimigo, viola esse valor (MARTÍN, 2007). Ademais, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 reconhece como direitos do homem as garantias penais e processuais. Assim, o descumprimento desses direitos configura uma ofensa à dignidade humana (MARTÍN, 2007).

Portanto, é inequívoco que o Direito Penal do Inimigo fere o princípio da dignidade da pessoa humana (AMARAL, 2010; MARTÍN, 2007; PRADO, 2011).

Percebe-se que a teoria do Direito Penal do Inimigo ofende diversos direitos, garantias e princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito. Desse modo, é inconcebível a coexistência de um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo, como propõe Jakobs. Aqueles considerados inimigos devem ser tratados como pessoas, pois não perdem tal atributo em razão de seus modos de vida. Assim, deve ser empregado a eles o Direito Penal comum, já que é desnecessária uma medida de exceção, como o Direito Penal do Inimigo.

CONCLUSÃO

Esta monografia tratou da compatibilidade entre a teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Günther Jakobs, e o Estado Democrático de Direito.

Como relatado, Jakobs considera que devem coexistir dois tipos de Direito Penal: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Ademais, entende que tal divisão do Direito Penal não afronta o Estado de Direito, desde que o Direito Penal do Inimigo seja delimitado ao necessário.

No capítulo I, foi comprovado que o tratamento diferenciado destinado aos inimigos pela teoria de Jakobs não é novidade, pois o poder punitivo sempre tratou certos seres humanos de forma distinta, com o respaldo das leis e da doutrina jurídico-penal.

Ademais, foi demonstrado que a construção teórica do Direito Penal do Inimigo, ao priorizar o valor segurança, gera maior repressão para todos os membros da sociedade, o que aproxima tal teoria do Estado Absoluto, e não do Estado de Direito.

Além disso, foi relatado que a prática do Direito Penal do Inimigo revela a adoção de uma medida de exceção, que não deveria sequer ser chamada de Direito Penal, pois pressupõe a existência de uma guerra. No entanto, tal guerra se distingue da guerra bélica, que é relativa ao conflito entre Estados. Trata-se da guerra permanente, em que não estão presentes as limitações jurídicas trazidas pelo Direito Penal ou pelo Direito Internacional Humanitário.

Por fim, foi revelado que a proposta estática de contenção do poder punitivo, vislumbrada na teoria do Direito Penal do Inimigo, não foi acertada, pois somente é compatível com o Estado Absoluto. Como dito, tal proposta permite o tratamento diferenciado destinado ao inimigo, desde que seja limitado, e acredita que isso irá conter o avanço do Estado de Polícia presente em todo Estado de Direito concreto. No entanto, a proposta de Jakobs ignora que a realidade é dinâmica. Assim, mesmo que o Direito Penal do Inimigo seja limitado, o Estado de Polícia vai querer ultrapassar o limite que lhe foi concedido e avançar até se transformar em um Estado Absoluto. A melhor tática de contenção do poder punitivo é a dinâmica, em que o Direito Penal preserva as garantias e os direitos de todo cidadão, o que permite a manutenção do Estado de Direito. Desse modo, o inimigo não deve sofrer tratamento diferenciado.

No capítulo II, restou demonstrado que a construção teórica do Direito Penal do Inimigo representa a adoção do modelo penal de segurança cidadã, já que o criminoso passa pela degradação de ser considerado inimigo, e a intervenção penal se baseia nas características pessoais do agente, e não no fato praticado por ele; reflete a ideia de expansão do Direito Penal, pois o Direito Penal do Inimigo surgiu da junção do Direito Penal simbólico, que preconiza a criminalização de determinados fatos apenas para obter efeitos meramente simbólicos, e do retorno ao punitivismo, que prescreve a criminalização de novos tipos penais, o endurecimento dos já existentes em um ritmo acelerado, a flexibilização das regras de imputação e a relativização dos princípios garantistas; se assemelha ao Direito Penal de terceira velocidade, pois ambos pregam a diminuição das regras estritas de imputação de responsabilidade, a intervenção do Direito Penal nas fases anteriores à execução do crime, o incremento das penas privativas de liberdade e a supressão ou restrição das garantias penais e processuais, e retoma as noções do Direito Penal do autor, já que o inimigo é punido pelo seu modo de ser, e não por um ato que praticou, ou seja, o que importa é a periculosidade do agente, e não a culpabilidade.

No capítulo III, foi comprovado que o Direito Penal do Inimigo contraria o garantismo penal, por permitir a punição de atos anteriores à prática de um crime para combater o perigo oferecido pelo inimigo, o aumento excessivo e desproporcional das penas e a diminuição ou a supressão dos direitos e das garantias penais e processuais penais do inimigo; por aceitar a autoexclusão de um membro da sociedade e, conseqüentemente, admitir a retirada dos direitos fundamentais desse sujeito e por legitimar o uso da violência estatal contra os indivíduos.

Ademais, restou revelado que o Direito Penal do Inimigo afronta os seguintes direitos e princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito: presunção de inocência, igualdade, legalidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

Tal teoria viola a presunção de inocência por desprezar a necessidade de comprovação da culpabilidade do agente, já que o importante é a periculosidade do sujeito, e, conseqüentemente, ignorar o momento em que a culpa é comprovada; por não esclarecer o momento em que alguém será considerado perigoso e por restringir a atuação da defesa ao âmbito do pertencimento ou não a um grupo de risco.

O Direito Penal do Inimigo viola a igualdade ao permitir a coexistência de dois Direitos Penais— do Cidadão e do Inimigo —, e, assim, gerar uma desigualdade não razoável perante a lei, sem fundamentar a razão do tratamento diferenciado entre cidadão e inimigo. Ademais, provavelmente, essa teoria enquadraria apenas os membros menos favorecidos da sociedade como inimigos, o que acarretaria na discriminação.

Essa teoria ofende o princípio da legalidade por apresentar um conceito ambíguo e amplo do inimigo, o que atinge o princípio da taxatividade e a ideia de segurança jurídica; por punir o modo de vida do indivíduo e por permitir um julgamento baseado na inquirição sobre a pessoa. Ademais, infringe o princípio da culpabilidade por julgar a pessoa, sua personalidade, suas inclinações, e não o fato criminoso.

A construção teórica do Direito Penal do Inimigo contraria o princípio da proporcionalidade, pois a retirada das liberdades e dos direitos fundamentais dos inimigos, em razão da supremacia do valor segurança estatal, não é um fim legítimo, o que afeta o princípio da adequação; a equiparação entre atos preparatórios e executórios e autoria e participação, bem como a transformação da imputação pessoal em mero pertencimento a grupo organizado atingem o princípio da necessidade; o inimigo sofrerá uma pena indeterminada e será punido com base em um comportamento futuro hipotético.

O Direito Penal do Inimigo lesa o princípio da dignidade da pessoa humana por atribuir ao inimigo a condição de não-pessoa.

Assim, foi demonstrado que a teoria do Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Antônia Elúcia. A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 99, v. 895, p. 471 – 498, mai., 2010.

ALMEIDA, Gevan de Carvalho. *Modernos Movimentos de Política Criminal e seus Reflexos na Legislação Brasileira* / Gevan de Carvalho Almeida. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AMARAL, Alberto Carvalho. O Direito Penal do Inimigo e o Afuzilamento dos Desiguais. *Revista Associação dos Defensores Públicos do Distrito Federal*, Brasília, ano 5, n. 5, p. 9 – 54, dez., 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 3 ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=59. Acesso em 25 de agosto de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 85531. Rel. Min. Celso de Mello.

CAETANO, Matheus Almeida. O autofágico direito penal do inimigo: por uma resistência garantista. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 14, n. 19. 2010. Disponível em: <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/viewFile/230/279>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, v. 862, p. 429 – 442, ago., 2007.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e Política Criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 97, v. 867, p. 453 – 469, jan., 2008.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em

face do processo de expansão do direito punitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 87, p. 277 – 297, nov. -dez., 2010.

CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, p. 93 – 119, mar. -abr., 2010.

COSTA, Renata Almeida da; RODRIGUES, Verônica. Lei e ordem e o Direito Penal do Inimigo: mais do mesmo. *Revista Novatio Iuris*, Porto Alegre, ano I, n. 01, p. 112 – 130, jun., 2008.

CUSSAC, José L. González. El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo. *Revista Penal*, Huelva, n. 19, 2007. Disponível em: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/304/295>. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* / Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *El derecho penal del inimigo y la disolución del derecho penal*. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, n. 19, ano 1. 2007. Disponível em: <http://www.icipuebla.com/revista/IUS19/IUS%2019IND.pdf>. Acesso em: 15 de setembro de 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal). *Revista Jurídica Eletrônica Unicoc*, Ribeirão Preto, n. 2, out. 2005. Disponível em: http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf. Acesso em 25 de maio de 2012.

JAKOBS, Günther; Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo / Terroristas como Pessoas de Direito? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org e trad.). *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.19-70.

LARANJEIRA, Alexandre Jorge Fontes. *War and peace: the “enemy combatant” cases in a comparative perspective*. 2009. 57 f. Dissertação (Mestrado) – Berkeley School of Law, University of California, Berkeley, 2009.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo* / Luis Gracia Martín; tradução Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho; prefácio José

Ignácio Lacasta-Zabalza. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. – (Série ciência do direito penal contemporânea; v. 10).

MELIÁ, Manuel Cancio. De novo: “Direito Penal” do Inimigo? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org e trad.). *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.71-118.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal.*/ Alexandre Rocha Almeida de Moraes./ 1ª ed. (ano 2008), 1ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2010.

NEGRIN, Matt. Guantanamo Bay: still open, despite promises. Disponível em: <http://abcnews.go.com/Politics/OTUS/guantanamo-bay-open-promises/story?id=16698768#.UFDypl2PWLK>. Acesso em: 12 de setembro de 2012.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 31 – 45, mar. -abr., 2004.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral* / Paulo Queiroz. 4. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo* / Paulo de Souza Queiroz. – Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RIPOLLÉS, José Luiz Diéz. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: um debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, n. 7. 2007. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. Acesso em 12 de abril de 2012.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo* / José Afonso da Silva. 31. ed. ver. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. v 2. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 42-57.

THE NEW YORK TIMES. A New Attack on the Constitution. [Editorial]. Disponível em: http://www.nytimes.com/2012/05/19/opinion/a-new-attack-on-the-constitution.html?_r=3. Acesso em 21 de maio de 2012.

VERVAELE, John A. E. A legislação anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo? *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal*, Porto Alegre, n. 1, nov.. 2007. Disponível em: http://www.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1_2.pdf. Acesso em: 30 de agosto de 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*/ E. Raúl Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume* – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª edição.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral* / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. – 8 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.